HDI
HW 2AUZ V

Digitized by Google

Gov. 26.1.3

KE1136

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received ~~22 May, 1892~~.

29 June, 1891.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Zeitschrift

für

Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben

von

Dr. J. T. B. von Linde,

Großherz. Hessisch. Geh. Staatsrathe a. D. und Fürstlich Liechtensteinischem Bundestagsgesandten.

Dr. J. Friedrich Schulte,

K. K. ordentl. Professor des Kirchenrechts und der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, Consistorial- und Ehegerichtsrathe zu Prag.

Siebenzehnter Band.

Gießen, 1860.

Ferber'sche Universitäts-Buchhandlung.

(Emil Roth.)

Digitized by Google

VI. 9204
Gov. 26.1.3

Harvard College Library.
29 June 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

Druck der G. D. Brühl'schen Universitäts-Buchdruckerei in Gießen.

Digitized by Google

Inhalt.

		Seite
I.	Beitrag zur Lehre vom Besitz des Superficiars. Von Herrn C. Emmerich, vormaliger Landgerichtsassessor	1
II.	Die Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen. Von Herrn Dr. Demelius in Krakau	19
III.	Zur Lehre von den Grenzen des Gebiets der in integrum restitutio wegen Abwesenheit und sonstiger Hindernisse des Handelns. Von dem Herrn Hofrathe und Professor Dr. Fritz in Freiburg	
IV.	Zur Praxis der Lehre vom Beweise durch Sachverständige im Civilprozesse. Von dem Herrn Adv. Bopp in Darmstadt . .	78
V.	Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen. Von Dr. Hermann Bischof. (Fortsetz. der Abh. VIII. im 16. Bde.) . . . . . 104 253 u.	448
VI.	Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen. Von dem Herrn Hofrathe und Professor Dr. Fritz in Freiburg	145
VII.	Zur Lehre von der Gemeinschaft der Beweismittel. Von dem Herrn Professor C. Bolgiano in München	169
VIII.	Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum. Von Herrn J. Bremer, Sekretär des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck	193
IX.	Zur Lehre von den Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen. Von Herrn Dr. Th. Brackenhöft, Professor in Heidelberg . . .	227

Digitized by Google

Seite

X. Das Verkaufsengagement und die Bedingnisse. Von Herrn Dr. Th. Brackenhöft, Prof. in Heidelberg 30

XI. Der Verschollene als Erbe. Von Hrn. Adv. Bopp in Darmstadt 35

XII. Ueber Leichenbestattungskosten. Von Hrn. O. A. Walther, Kreisgerichtsrath zu Sondershausen. 36

XIII. Erklärung des fr. 2. §. 16. D. pro emtore 41, 5. Von Hrn. C. Emmerich, vormaliger Landgerichts-Assessor 44

Digitized by Google

I.

Erklärung des fr. 7. §. 3. D. uti poss. 43, 17.

Beitrag zur Lehre vom Besitz des Superficiars.

Von

Herrn C. Emmerich,
vormaliger Landgerichtsassessor.

Der obige Paragraph ist in der Lehre von dem Rechte der Superficies von ganz besonderer Bedeutung geworden. Man beruft sich nämlich auf ihn und zwar vorzugsweise auf ihn, um den Nachweis zu liefern, daß nach dem Pandectenrechte das Recht der Superficius auch an einem Gebäude stattgehabt habe, das auf dem Gebäude eines Anderen errichtet gewesen sei. Man beruft sich aber auch schon seit der Glosse auf ihn, um darzuthun, daß der Superficiar corporis possessor sei und auffallender Weise wird er bei der Beantwortung der Frage: ob es einen abgeleiteten Besitz gebe, als Argument und Gegenargument gebraucht.

Nach der seit der Glosse herrschenden Ansicht soll der genannte Paragraph in allen seinen einzelnen Theilen von dem Rechte der Superficies reden, wie namentlich Schröter in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. II. S. 250 ff. zu deduciren sucht. Dagegen sagt Savigny (Lehre vom Besitz §. 23) von ihm

Digitized by Google

„von ceterum an ist diese Stelle entscheidend, der vorhergehende „Theil derselben ist schwer, weil er offenbar corrupt ist. Soviel „ist klar, daß nur insofern die Entscheidung anders ausfallen „kann, als gar keine Superficies angenommen wird, folglich ge„hört die Sache gar nicht hierher." Allein m. E. läßt sich überzeugend nachweisen, daß der in Rede stehende Paragraph weder corrupt ist, noch daß er von dem Rechte der Superficies (mit Ausnahme der nur erläuternden Worte von dominus autem bis an's Ende) vielmehr von dem Besitz des ex secundo decreto ob damnum infectum missus rede. Diese meine, von allen mir bekannten Ansichten, abweichende Meinung glaube ich durch nachstehende Bemerkungen rechtfertigen zu können.

Der genannte aus Ulpian's Commentar zum Edict entlehnte Paragraph lautet nach der florentinischen Ausgabe folgendermaßen:

1) Sed si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetit me uti posse, Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moraretur: semper enim superficiem solo cedere.
2) Plane si coenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo aedes possideri, qui κρυπτας possideret, sed ab eo cujus aedes supra κρυπτας essent; verum est in eo, qui aditum ex publico habuit.
3) Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utentur.
4) Dominus autem soli tam adversus alium, quam od. versus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis.
5) sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis et ita Pomponius quoque probat.

Ad. 1. Der oben mit 1 bezeichnete Satz kann sich aus mehr, wie einem Grunde nicht auf das Recht der Superficies beziehen. Denn

1. wird der Superficiar sonst niemals quasi dominus son-

Digitized by Google

dern er wird quasi inquilinus genannt (si ego superficiarius sim et novum opus fiat a vicino, an possim nuntiare? movet, quia quasi inquilinus sim. fr. 3, §. 2, D. de nov. oper. non. 39),

2. auch wird vom Superficiar nie geſagt und kann auch nicht geſagt werden, moratur in coenaculo, er verweilt, oder hält ſich kurze Zeit im Cönaculum auf. Denn ſogar von den Gäſten und Gaſtfreunden wird geſagt, ſie wohnen (si plures in coenaculo habitent hospites fr. 5, D. de his, qui effud. 9, 3. Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona habitandi causa sunt. fr. unic. D. furt. adv. naut. 47, 5.)

3. Sodann iſt ein coenaculum unbeſtritten der zweite Stock, wie aus den Definitionen von Feſtus (coenacula dicuntur, ad quae scalis ascenditur) und Livius (coenaculum supra aedes datum est scalis ferentibus) folgt. Es iſt aber, wenn man auch dies allgemein lehrt, nicht wahr, daß auch an einem auf ein fremdes Gebäude errichteten Bau ein Recht der Superficies nach dem Pandectenrechte ſtattgehabt habe. Die wenigen Fragmente, welche von der Superficies handeln, enthalten auch nicht eine leiſe Andeutung an eine ſolche Superficius. Vielmehr ſprechen ſie umgekehrt nur von einer Superficies auf fremdem Grund und Boden und nicht von einer Superficies auf einer Superficies. Gajus definirt fr. 2. D. de superf. 43, 18 die Superficies dahin: superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo, positae sont. und nach dieſer für uns allein ſchon maßgebenden Definition ſind aedes supra aedes kein Gegenſtand des Rechts der Superficies. Ebenſo wird in den fr. 18, §. 4, D. 39, 2 und fr. 74, D. de rei vind. 6, 1 von einer superficies in conducto solo, in den fr. 16, §. 2, D. de pign. act. 13, 7 und fr. 10, D. fam. ercisc. 10, 2, von einem praedium superficiarium, in den fr. 74, 75, D. de rei vind. 6, 1 und den fr. 1, §. 1, D. 43, 18, fr. 15, D. 20, 4 von der superficies in alieno solo posita geredet, der Superficiar wird ſodann in dem fr. 8, §. 4, D. 39, 1 ſogar

Digitized by Google

possessor soli genannt und dergl. Aber nicht nur, daß keine einzige Pandectenstelle von einer Superficies auf einem Gebäude redet, vielmehr die meisten oder vielmehr alle dagegen sprechen, so läßt sich auch aus anderen Gründen nachzeigen, daß es eine solche Superficies gar nicht gegeben habe. In dem fr. 23, D. de serv. praed. corb. 8, 2 heißt es nämlich: hoc quod dicitur de immissis, locum habet ex aedificio alio in aliud, aliter enim supra alienum aedificium superius habera nemo potest. Es wird dadurch anerkannt, daß ein aedificium supra aedificium alienum nur insoweit gedacht werden und vorkommen könne, als dasselbe blos auf einer Wand des Nachbars ruhe, keineswegs aber in der Weise, daß es auch auf allen vier Wänden ruhe und also den oberen Stock bilde. Deßhalb kann dann auch der obere Stock allein die aedes superficiarias nicht bilden.

Daß übrigens auch dieser ohnehin keine Ausnahme zulassende Grundsatz bei der Superficies keine Ausnahme erlitten habe, das läßt sich nicht bezweifeln. Die ursprüngliche und früher einzige Art der Entstehung der Superficies war die, daß jemand mit Bewilligung des Eigenthümers von Grund und Boden auf diesem ein Gebäude errichtete. Das Edict, zu dem Ulpian den Commentar schrieb, aus dem obige Stelle entnommen ist, lautete unter anderen: qui superficie in alieno solo fruatur, quo minus ei ex lege locationis ita frui liceat, vim fieri veto. (Struvii syntagm. jur. III, 366.) und sprach also nur von einer superficies in alieno solo, nicht aber von einer superficies in aliena superficie. Es läßt sich aber nicht annehmen, daß das Edict gegen die bestehenden Gesetze auf ganz abweichende neue Fälle ausgedehnt worden sei und man kann hieran auch darum nicht denken, weil ganz im Allgemeinen jedem Superficiar Besitz des Bodens nach den citirten Gesetzen zugeschrieben wird und jeder Superficiar Bodenzins zu entrichten hat.

Endlich kann auch der unter pos. 1 enthaltene Satz

4. darum nicht auf den Superficiar bezogen werden, weil

Digitized by Google

darin geſagt iſt, daß nicht der quasi dominus coenaculi, ſondern der Beſitzer des unteren Stocks das interdictum uti poss. anſtellen könne. Denn im fr. 1, §. 1, D. 43, 18, wird ausdrücklich geſagt: tuetur praetor eum, qui superficiem petit, uti poss. interdicto und ſelbſt in dem Abſatz 5 der obigen Stelle wird dies anerkannt.

Man wird hiergegen auch nicht einwenden wollen, daß der erſte Abſatz, indem er das interdict. uti poss. dem Inhaber des coenaculum's verſage, den Fall vor Augen gehabt haben möge, wo der Superficiar nur ad modicum tempus eine Superficies ſich hat beſtellen laſſen, in einem ſolchen Falle aber die actio in rem nach fr. 1, §. 3, D. 43, 15 verſagt wurde. Denn auch deren läßt ſich nicht denken.

Vor allen Dingen ſcheint mir die freilich allgemeine Anſicht, daß modicum tempus eine kurze Zeit ſei, nicht richtig zu ſein. Denn die Superficies iſt, wie Savigny (Beſitz §. 8) ſagt, den Servituten ganz ähnlich und dieſen nur darum nicht beigezählt worden, weil ſie nicht durch das jus civile, ſondern durch das Edict des Prätors entſtanden iſt. Selbſt in den Geſetzen z. B. im fr. 86, §. 4, de legatis I, wird ſie mit einer Servitut verglichen, oder vielmehr gerade zu eine Servitut genannt. (Valet legatum, si superficies legata sit ei, cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit, nam consequetur, ut hat servitute liberetur et superficiem lucrifaciat). Als perſönliche Servitut kann ſie aber wegen ihrer Erblichkeit nicht betrachtet werden, wohl aber kann man ſie als eine dingliche Servitut anſehen. Da aber bei dinglichen Servituten der Grundſatz gilt: neque ad tempus constitui possunt (fr. 4, D. 8, 1) ſo muß auch von der Superficies geſagt werden, daß ſie nicht auf Zeit beſtellt werden könne. Die servitus oneris ferendi, die mit der Superficies ſo viele Aehnlichkeit hat, kann in dieſer Beziehung als ein paſſendes Beiſpiel dienen, da ſie zu den dinglichen Servituten nicht gehört, die ausnahmsweiſe auch einer Perſon zugeſtanden

Digitized by Google

werden können, und da wo dies geschieht, blos persönliche Servituten werden.

Wie richtig dieß sei, das ergiebt die Betrachtung, daß die der Superficies so nahe stehenden aedium ususfructus et usus, und die habitatio auf jede beliebige Zeit bestellt werden können, indessen immer eine actio in rem gewähren. Denn da die Superficies mehr Rechte enthält, wie die genannten Servituten, so kann der Umstand, daß die ad tempus bestellte Superficies keine actio in rem erzeugt, nur damit erklärt werden, daß die Superficies ihrem Wesen nach die Beifügung einer Zeit, für welche sie gelten soll, gar nicht verträgt. Denn das läßt sich nicht sagen, daß ein schwächeres Recht mehr Befugnisse erzeuge, wie ein stärkeres und daß namentlich eine persönliche Servitut eher eine dingliche Klage gewähre, als eine erbliche, dingliche Superficies. Es muß vielmehr an den Grundsatz gedacht werden, daß die Beifügung der Zeit, bis auf welche ein Recht dauern soll, wenn sie der Natur dieses Rechts zuwider ist, das Recht selbst unwirksam macht, wie z. B. bei'm Procarium, das auch unwirksam wird, wenn verabredet worden ist, es solle das Procarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wieder zurückgefordert werden können.

Hiernach kann ich nur annehmen, daß unter modicum tempus nicht eine kurze Zeit zu verstehen sei. Hierfür spricht auch der Umstand, daß Ulpian ausdrücklich sagt, die Edictsworte si alia actio de superficie postulabiter, causa cognita dabo seien so zu verstehen, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Denn deren läßt sich nicht denken, daß Ulpian diese Auslegung des Edicts für unrichtig erklärt und das ad tempus in ein modicum tempus verwandelt habe, d. h. wenn man darunter eine kurze Zeit versteht. Durch sein sane billigt ja Ulpian diese Auslegung des Edicts und man darf auch wohl von ihm annehmen, daß er keinen Satz aufgestellt habe, der dem Wesen der Superficies geradezu widerstreitet. Ohnehin bezieht sich der §. 3 nicht auf die eigentliche Super-

Digitized by Google

ficies, ſondern nur auf den Fall, wenn jemand eine Superficies gemiethet hatte.

Uebrigens kommt modicum auch in der Bedeutung von entſprechend, angemeſſen vor, wie aus den neueren latein. Wörterbüchern erſichtlich iſt. Dem Weſen der Superficies entſpricht aber jedenfalls eine Zeit, die nicht geringer iſt, als die Zeit, während welcher das Gebäude ſteht. Ulpian ſelbſt gebraucht im fr. 45, D. 40, 5 das Wort modicum für non totum, indem er ein nicht völlig ausbezahltes Legat ein legatum modicum nennt. Man kann daher unter modicum tempus den Gegenſatz von omne tempus verſtehen. Wahrſcheinlich iſt es aber auch, daß ſtatt modicum urſprünglich das Wort modificum (abgemeſſen, beſtimmt) oder molitionis (des Gebäudes) geſtanden habe. Denn das kann man nicht annehmen, daß die bedeutenden Rechte, die eine Superficies gewährt, auch auf eine etwas mehr, wie kurze Zeit verliehen worden ſeien [1]).

---

[1]) Dafür, daß das Recht der Superficies in perpetuum dauern ſolle, ſpricht m. E. auch das fr. 15, §. 26, D. de damno inf. 39, 1 (si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere, sed decernendum, ut eodem jure esset, quo foret is, qui non caverat; post quod decretum vectigali actione uti poterit. Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicentum est, dominium per longum tempus ad quiri). Denn da das jus vectigale ein jus perpetuum war, ſo kann und muß man auch annehmen, daß ſolches auch alsdann ein perpetuum geweſen ſei, wenn es an einem Gebäude ſtatt fand; die citirte Stelle redet aber nur von einer Superficies, da aedes vectigales und aedes superficiariae gleichbedeutend ſind, und es namentlich eine Emphyteuſe an einem einzelnen Gebäude nicht giebt, wiewohl viele Juriſten, unter anderen Thibaut (Syſtem 2. Bd. §. 630) Glück (Pand. Bd. 8. S. 393), Geſterding (Lehre vom Eigenthum S. 412) u. a. m. dieß behaupten. Dieß folgt aus nachſtehenden Bemerkungen.

Die Novellen 7 c. 3, §. 2 und 120 c. 1, §. 2, ſprechen zwar von emphyteutiſchen Gebäuden; aber nur von ihnen, als Beſtandtheilen emphyteutiſchen Gütern. Sie können daher um ſo weniger entſcheiden, als bekanntlich erſt Juſtinian das jus vectigale und emphyteuticum verſchmolzen hat, die

Digitized by Google

Doch dem sei auch, wie ihm wolle, soviel bleibt gewiß, daß an einen, der blos ad modicum tempus conduxit, hier nicht gedacht werden könne. Denn es ist augenfällig, daß der Unter-

---

genannte Stelle aber nur von aedibus vectigalibus redet. Außer diesen Novellen giebt es aber (außer der citirten Stelle) kein weiteres Gesetz, das von aedes spricht, von denen ein vectigal bezahlt werden sollte.

Vectigale ist gleichbedeutend mit solarium. Dieß geht aus fr. 2, D. 43, 8 hervor, wo es heißt: si aedificium (in solo publico aedificatum) non obstet, debet ei imponere solarium. Vectigal onim hoc sic appellatur solarium ex eo, quo solo pendatur. Vectigales aedes könnten daher nicht nur Gebäude sein, an denen jemand das jus vectigale hat, sondern auch superficiarische Gebäude. Daß es aber nur die letzteren sind, dafür spricht mehr, als ein Grund. Das jus vectigale fand nicht an aedes, sondern an einem ager, also an einem locus statt, qui sine villa est (fr. 17, D. de V. S.) Hierfür spricht der Begriff von dem jus vectigale im fr. 1, D. si ager vect. pet. 7, 3 und das prätorische Edict (si ager vectigalis petatur, causa cognita dabo). Hierfür spricht aber auch der Umstand, daß der Grundzins (das vectigal) nicht blos in Geld, sondern auch in Früchten, die auf dem verpachteten praedium gezogen worden waren, bestand, wie Hyginus l. c. und Appianus (de bello civile L. I. p. 353) bewahrheiten. Hierfür spricht aber auch der ganze Zusammenhang der citirten Stelle. Nach derselben soll ex secundo decreto gegen die municipes, die nicht cavirt haben, dem immissus die possessio mit conditio usucapiendi eingeräumt werden, falls es sich um ein praedium vectigale handelt. Dagegen soll da, wo ein Gebäude in Frage steht, dem immissus ex secundo decreto nur das Recht zustehen, das der frühere Besitzer hatte (die actio vectigalis). Der Unterschied, der zwischen aedes vectigales und praedia vectigalia gemacht wird, besteht also darin, daß der dominus des praedii, also die municipes gezwungen werden können, Caution zu leisten, während dem der dominus des aedificii vectigalis hierzu nicht verbunden ist, vielmehr der Besitzer des Gebäudes Caution leisten soll. Dieser Unterschied kann nur mit den Bestimmungen im fr. 15, D. de damno inf. (si cum locus publicus sit, non erit necesse ibidem opus facienti de alio vitio, quam operis satisdare damni infecti) und im fr. 22, D. 18, 1 (qui tabernas argentarias, vel cetera, quae in loco publico sunt, vendit, non solum, sed jus vendit, quum istae tabernae publicae sint.) erklärt werden, also damit, daß wegen eines Gebäudes, das auf einem öffentlichen Orte steht, nicht repromittirt (also vom Eigenthümer cavirt) sondern satisdirt, also vom Besitzer Bürgschaft geleistet werden soll, und daß, da

Digitized by Google

ſchied, der zwiſchen dem quasi dominus des erſten, und dem possessor des zweiten Abſatzes gemacht wird, nur darin beſteht, daß jener einen aditus, dieſer aber einen ſolchen nicht hat. Da aber dem Letzteren Beſitz und ſomit auch das Interdict zugeſchrieben wird, ſo leuchtet ein, daß unter dem quasi dominus keiner verſtanden werden kann, der blos ad modicum tempus conduxit.

Ad. 2. Was vom erſten Abſatz geſagt worden iſt, gilt auch von dem zweiten. Außer dem, was ad 1 geſagt worden iſt, mögen noch folgende weitere Bemerkungen hier eine Stelle finden.

Ulpian motivirt ſeine Entſcheidung, daß der quasi dominus das interdictum uti poss. nicht anſtellen könne, mit der Bemerkung: semper superficies solo cedit und fügt ſodann noch hinzu: dominus tam adversus alium, tam adversus superficiarium potior erit interdicto. Bezieht man alſo die beiden erſten Abſätze auf das Recht der Superficies, ſo läßt man den Verfaſſer obiger Geſetzesſtelle baaren Unſinn reden. Denn mag auch das coenaculum, wenn es einen beſonderen Eingang hat, als eine res certa des Gebäudes erſcheinen, an dem als einem für ſich beſtehenden Ganzen nach fr. 3, §. 2 und fr. 26, D. 41, 1 gegen die Regel: plures eandem rem possidere non possunt, Beſitz eines Anderen, als des dominus soli möglich iſt, immerhin bleibt bei der Superficies der dominus soli Eigenthümer und Beſitzer des coenaculum's. Recht einleuchtend wird dieß, wenn man erwägt, daß es auch superficiariae insulae gab, dieſe aber doch als freiſtehende Gebäude einen beſonderen Eingang gehabt haben mußten, gleichwohl aber deren Beſitz nur dem dominus soli in unſeren Geſetzen zugeſtanden wird.

Man wird hiergegen auch nicht einwenden wollen, daß der zweite Abſatz von dem Falle rede, wenn jemand auf einem sepul-

---

der Natur der Sache nach hinſichtlich der Cautionen zwiſchen einem Gebäude und einem Grundſtück, wenn beide nach dem Vectigalrecht verliehen ſind, kein Unterſchied beſtehen kann, aedes vectigales als aedes superficiariae betrachtet werden müſſen.

Digitized by Google

crum gebaut habe. Denn wenn auch dieß öfters vorkam, wie der Pandectentitel de sepulcro violato documentirt, und wenn auch ferner κρυπταε das Gebäude bildeten, worin zu Ulpian's Zeiten die Todenurnen beigestellt wurden, so kann doch an einen solchen Fall nicht gedacht werden. Denn sepulcra waren res religiosae und darum an ihren und an den superpositis derselben Besitz nicht möglich.

Ad 3. Daß sich der dritte Absatz nicht auf das Recht der Superficies bezieht, das leuchtet von selbst ein. Denn selbstverständlich ist es, daß die superficiarii nur die quasi domini sein können, von denen der Eine das coenaculum aditu, der Andere das coenaculum cum aditu hatte. Dann der Plural, in dem Ulpian spricht und der Umstand, daß im fünften Absatz von dem Rechte der Superficies (sec. legem locationis) geredet wird, bewahrheiten dieß.

Es bleibt nun noch übrig,

ad 4. die Bemerkung zu machen, daß vom dominus soli gesagt wird, er sei potior, während Ulpian sonst, namentlich im Eingang des obigen Fragments, sich des Worts superior bedient, wenn er vom Besitz des dominus soli im Verhältniß zum abgeleiteten Besitz redet, und außerdem auf den ganzen Zusammenhang hinzuweisen, um die Behauptung zu rechtfertigen, daß hier nichts Besonderes hinsichtlich des Besitzes des Superficiars bestimmt werde, der letzte Absatz auch nur der Erläuterung halber beigefügt worden sei, um die superficiarii des ersten und zweiten Absatzes von der gewöhnlichen Superficiaren zu unterscheiden.

Nachdem nunmehr nachgezeigt worden ist, daß die obige Stelle nicht von dem Besitze desjenigen handelt, der das Recht der Superficies hat, so ist nur noch die Behauptung zu begründen, daß die obige Stelle von dem Besitze des ex secundo decreto ob damnum infectum missus rede. Diese Behauptung rechtfertigt sich nun durch folgende Bemerkungen:

a) In den florentinischen Ausgaben der Pandecten bilden der obige und der folgende Paragraph nur einen Paragraphen

Digitized by Google

In dem §. 8 wird aber von dem Beſitz aller missi rei servandae et custodiae causa geredet. Dieß weißt darauf hin, daß in dem obigen Paragraphen der Beſitz des missus ex secundo decreto abgehandelt werde.

b) In unſeren Geſetzen wird allerdings auch von einem dominium ususfructus, hereditatis, servitutis und possessionis geredet. Allein quasi dominia dieſer Art kommen nicht vor. Wohl aber giebt es im Gegenſatz vom wirklichen Eigenthümer (dem dominus quiritarius) einen quasi dominus, nämlich den fingirten, den prätoriſchen Eigenthümer (qui necdum dominus factus.) Ein prätoriſcher Eigenthümer iſt daher der quasi dominus. Beſtätigt wird dieß dadurch, daß der missus ex secundo decreto von Julian geradezu dominus genannt wird. (Julianus scribit, eum, qui damni infecti nomine mittitur, non prius capere quam secundo decreto dominus constituatur. fr. 15, D. 39, 2.)

c) Von einem missus ob damnum infectum wird ebenfalls der Ausdruck morare gebraucht, wie dieß auch in obiger Stelle geſchehen iſt (aut misso in possessionem et aliquem diu immorato nemo capeat. fr. cit.)

d) Der missus ex secundo decreto erhält bekanntlich prätoriſches Eigenthum mit conditio usucapiendi pro suo. Nur ein ſolches durch missio entſtandenes Eigenthum kann dem quasi dominus obiger Stelle zuſtehen, weil wegen des in derſelben allegirten Grundſatzes: semper superficies cedit solo in anderer Weiſe prätoriſches Eigenthum nicht entſtehen konnte. Hiernach giebt obige Stelle folgenden befriedigenden Sinn: Ein coenaculum, alſo der obere Stock eines Gebäudes, in dem vorzugsweiſe tenuiores et inquilini wohnten, war ſchadhaft geworden und es hatte der Nachbar zuletzt die missio ex secundo decreto in das coenaculum erlangt. Dieß war zwar den Geſetzen gemäß, weil si modica portiuncula audium amplissimarum vitium faceret etc. non in domus, sed in portiunculam mittat (fr. 15, D. de damno inf. 39, 2.) allein es war

Digitized by Google

bei dieſer missio überſehen worden, daß si pars vitiosa unita sit parti non vitiosae, in totus aedes immittendum quia nec profuturum, in possessionem ejus rei mitti, quam quis possidere non possit, aut ei non expediat (fr. vit.) Denn das coenaculum hatte keinen beſonderen Eingang und wenn es nur auch eine certa pars aedificii war, ſo war es doch keine certa pars, die für ſich ein Ganzes ausmachte und als ein Ganzes beſeſſen werden konnte (fr. 81 D. de leg. 30. fr. 6 und 9 D. 8, 2.) Der dominus mußte vielmehr durch die aedes (den unteren Stock) gehen und wenn er dieß auch thun durfte (fr. 11 D. 8, 3.) ſo hatte er doch hinſichtlich des aditus nur eine Servitut. Mit Recht ſagt daher Ulpian von dem quasi dominus, derſelbe könne das interd. uti poss. nicht anſtellen, wohl aber könne dieß der possessor aediam. Dann eine Dejection des Beſitzers des unteren Stockes war unmöglich, weil derſelbe ſchon ſeit langer Zeit nicht mehr in dem coenaculum wohnte, dieß vielmehr von den inquilines und dem quasi dominus ex primo decreto datinirt worden und außerdem das coenaculum aedibus unitum war. Der Beſitzer der aedes behielt ſeinen Beſitz und konnte daher allein das Interdict anſtellen, was auch aus der in den Pandecten enthaltenen Mittheilung von der Anſicht des von Ulpian erwähnten Labeo über die compossessio folgt.

Zum Schluſſe erlaube ich mir noch einige Bemerkungen über den Beſitz des Superficiars, um die Richtigkeit der Interpretation obiger Stelle auch in der Weiſe darzuthun, daß ſolche ſich ſchon darum nicht auf die Superficies beziehen können, weil hierin von der corporis possessio die Rede iſt.

Das interdictum uti possidetis iſt, wie die Edictsworte: uti eas aedes possidetis, quo minus eas possideatis ergeben, zunächſt zum Schutz der Beſitzer von Gebäuden eingeführt worden und zwar derjenigen Beſitzer von Gebäuden, die auch den Grund und Boden beſitzen, worauf die Gebäude errichtet worden

Digitized by Google

ſind (hoc edictum de soli possessoro scriptum est fr. 1 D. uti poss.) Unzweifelhaft iſt nun aber der possessor soli auch possessor corporis und er iſt dieß auch alsdann, wenn einem Dritten eine Superficies zugeſtanden wird. Dann auch für dieſen Fall verbleibt dem possessor soli ſein interdictum poss., wie ſich von ſelbſt verſteht, übrigens auch ausdrücklich in dem fr. 1 D. de superf. bemerkt worden iſt, (is autem, in cujus solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, pualem habet de solo.) Da es nun aber keine zwei possessores corporis bei der Superficies geben kann, ſo leuchtet es ein, daß dem Superficiar keine possessio corporis, ſondern nur possessio juris zuſtehen könne. Der Ausdruck quasi inquilinus, der vom Superficiar gebraucht wird, weißt darauf hin, daß er nur die Perſon ſein ſolle, durch die der possessio soli ſeinen Beſitz ausübt und ihm alſo eine corporis possessio nicht zuſtehen ſolle. Wird doch ſein Bodenzins ſogar pensio und merces genant!

Die Richtigkeit dieſer Behauptung ergiebt die Betrachtung, daß die Superficies in dem oben allegirten Fragmente Julians geradezu eine Servitut (alſo juris possessio) genannt wird und daß es nicht zu verkennen iſt, daß die Superficies nur die Rechte gewähren ſoll, die der Uſusfruct gewährt. Der Prätor konnte dem Superficiar kein Eigenthum geben, weil das Civilrecht jedem Grundbeſitzer das Eigenthum des auf ſeinem Boden errichteten Gebäudes zuſprach; er konnte alſo nur verordnen, daß der Superficiar den Nießbrauch; alſo alle Rechte, die nicht in der Proprietät liegen, haben und wie es in fr. 1 D. de superf. heißt, der dominus soli gehalten ſein ſolle, ſeine Klagen zu präſtiren und zu cediren. Darum heißt es denn auch in dem Interdict über die Superficies nicht, uti possideatis, ſondern: uti ex lege locationes superficie fruamini, quo minus fruamini und der Schutz, den der Prätor zuſicherte, betraf alſo nicht den Beſitz, (die corp. poss.) ſondern den Nießbrauch (die juris poss.) Darum definirt Gajus im fr. 2 D. superf. die Superficies als

Digitized by Google

aedes in solo conducto, quarum proprietas ejus est, cujus solum, woraus folgt, daß das superficiariſche Recht mit dem Nießbrauch verglichen wird, da der Gegenſatz von proprietas der Nießbrauch, als der Inbegriff der nach Abzug der Proprietät verbleibenden Eigenthumsrechte iſt. Darum finden wir denn auch, daß die Superficies im Weſentlichen nicht mehr Rechte gewährt wie ein Nießbrauch, mit Ausnahme der Rechte, die wegen der perſönlichen Natur des Nießbrauchs in ſolchem nicht enthalten ſein können. Da nun aber ein Nießbrauch nur eine possessio juris, nicht corporis enthält, ſo kann man wohl annehmen, daß der Superficiar auch nur possessio juris habe. Im fr. 19 D. 39, 2. wird er ſogar mit dem creditor. und fructuarius auf eine Linie geſtellt.

Einleuchtend wird dieß, wenn man erwägt, daß nach fr. 1 §. 1 D. de superf. dem Superficiar aller Beſitz dem dominus soli gegenüber abgeſprochen und er für den Fall einer durch den dominus soli erlittenen Störung nur auf die Contractsklage beſchränkt iſt. Denn in allen übrigen Fällen ſteht dem Beſitzer auch gegen den Eigenthümer das Interdict zu wie namentlich dem Emphyteuta jede dingliche Klagen nach fr. 1 §. 1 D. si ager vect-pet und die Ausnahme, die bei der Superficies gemacht wird, kann nur damit erklärt werden, daß der Superficiar nur juris possessor iſt. Es ſpricht hierfür auch die in jener Stelle enthaltene Bemerkung: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Denn wenn ihm auch gegen Dritte der Eigenthümer ſeine Klagen cediren muß, damit er klagen kann, ſo kann er nur nomine domine das interdictum uti possidetis etc. anſtellen und nur juris possessor ſein. Es ſpricht aber ferner hierfür die Bemerkung in jenem Fragmente, daß der Superficiar nicht eine actio in rem, ſondern nur eine quasi in rem actio, exemplo et veluti interdicti uti possidetis haben ſolle. Denn eine quasi in rem actio iſt natürlich keine actio in rem, vielmehr kann darunter eine Klage verſtanden werden, die dem juris possessor zuſteht. Mit

Digitized by Google

der Partikel quasi bezeichneten die römischen Juristen den Umstand, daß dasjenige, was die Benennung mit sich bringt, eigentlich nicht vorhanden sei, allein doch etwas ähnliches. (Glück's Pand.-Comm. Bd. 2. S. 593.) Die quasi-in rem actio deutet also auf einen Besitz hin, der ebenfalls einen quasi — Natur hat, also auf einen quasi-possessio, wenn man nicht vorziehen will, hier an die possessio usufructus ein Gegensatz von dominium usufructus zu denken, da die possessio usufructus gleich der Superficies dem Prätor ihr Entstehen verdankt.

Einen weiteren Beleg dafür, daß der Superficiar nur juris possessor sei, giebt die Interpretation des fr. 1 §. 5 D. de superf., also gerade der Stelle, die Guyat in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. 4 S. 362 für die corporis possessio des Superficiars allegirt hat. Sie lautet: si soli possessori superficies evincatur, aequissimum est, subveniri ei vel ex stipulatione de evictione, vel certe ex emto actione. Nimmt man an, daß der Superficiar den Grund und Boden gekauft habe, um dann Eigenthum zu erwerben, so nimmt man einen baaren Unsinn an, da alsdann von einer Superficies keine Rede mehr sein kann, derjenige vielmehr, der auf diesem Boden gebaut hat Eigenthümer des Bodens und des Gebäudes ist. Daß aber der Boden nur zu dem Ende gekauft worden sei, um daran das jus in re aliena der Superficies zu erwerben, oder, wie die Glosse sagt, ut non debet suum fieri, das kann man doch auch nicht sagen, weil obige Stelle hiervon nichts sagt, und ein solcher Verkauf nicht denkbar ist. Denn der Kauf eines Bodens, der ein fremder bleiben soll, kann nur der Kauf eines dinglichen Rechts an solchen sein. Man muß daher unter diesem Kaufe des Bodens etwas anderes, als einen eigentlichen Kauf verstehen. An einen solchen kann man auch schon darum nicht denken, weil das Edict des Prätors nur von einer superficies in conducto solo redet, weil ferner Gajus die Superficies als aedes in conducto solo bezeichnet und weil in allen anderen von der Superficies redenden Stellen nur von einem conducto solo die Rede ist.

Digitized by Google

Es bleibt hiernach nichts anderes übrig, als daran zu denken, daß die emtio nur eine conductio gewesen, diese aber in der Form einer emtio abgeschlossen worden sei. Eine solche Form war nun die mancipatio, von der der Verfasser obiger Stelle in den Fragmenten tit. 19 redet. Sie war nur ein Scheinkauf (est autem mancipatio imaginarius quaedam venditio. Boethius in topic. Cic. III) und wurde auch bei der conductio angewendet, damit der Conductor vindiciren könne, aber auch für Culpa hafte. (Glück l. c. Bd. 17, S. 271.) Eine Art dieser mancipatio war der nexus, der sich von der mancipatio im engeren Sinne dadurch unterschied, daß während diese Eigenthum per aes et libram übertrug, der nexus blos auf Entstehung einer obligatio per ais et libram ging (nam idem, quod obligatum per libram, neque suum fit, inde nexum dictum. Varro de lingua lat. S. 6, p. 100). Die Arten dieses nexus waren die testamenti factio, die nexidatio und die nexiliberatio, wie A. Gallus (nach Feltus de verb. sign. 13) bemerkt hat. Die nexidatio war aber die Bestellung eines Pfandrechts, (Hugo's Rechtsgesch. §. 121) und es war also im Fragefall dem Conductor der Superficies ein Pfandrecht bestellt worden, um ihn gegen den Singularsuccessor zu sichern. Da aber der, dem ein Pfandrecht bestellt worden ist, nur Naturalbesitz hat, so spricht obige Stelle nicht für, sondern gegen die vermeintliche possessio corporis des Superficiars.

Bestätigt wird das seither Gesagte durch den früheren Sprachgebrauch. Nach Hyginus Lib. I. de limit. const. waren die gegen einen Grundzins für immer verpachteten Grundstücke des Staats, oder der Städte agri obligati. Nach Festus sub. voc. venditio wurden die öffentlichen Verpachtungen von Staatsgütern venditiones genannt (venditiones dicebemtur olim censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant) und Hyginus Lib. 2. eod. stimmt hiermit überein, wenn er sagt: vectigalibus alii subjecti sunt per annos, aliis vero mancipibus ementibus, idest conducentibus.

Digitized by Google

Eine weitere Beſtätigung des ſeither Geſagten liefert der vorhergehende §. 4. In demſelben wird nämlich geſagt: der Herr des Bodens habe keine utilis actio, wie der Superficiar nöthig, ſondern dieſelbe Klage, die er auch wegen des Bodens habe; wenn er aber gegen den Superficiar vindiciren wolle, ſo werde dieſer durch eine Exception geſchätzt. Offenbar iſt alſo unter dem possessor soli der Superficiar als Beklagter (wie ja possessor auch heißt) dem dominus soli gegenüber gemeint, und da er dieſem gegenüber nur Detentor iſt, wie vorhin bemerkt worden iſt, ſo kann unter possessor auch nur ein Detentor verſtanden werden.

Ebenſo, wie nach dem Seitherigen mit fr. 1, §. 5, D. 43, 18 verhält es ſich auch mit fr. 9, §. 4, D. de damno inf. 39, 1, worauf Schröter l. c. ſich beruft, denn auch dieß ſpricht nicht für, ſondern gegen die corporis possessio des Superficiars. In dieſem Fr. wird nämlich geſagt:

> quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius utrum repromittere damni infecti, an satisdare. Et Julianus scribit, quotiens superficiaria insula vitiosa est, dominum et de soli et de aedificii vitio repromittere, aut eum, ad quem superficies pertinet, de utroque satisdare.

Es iſt aber ſehr leicht nachzuzeigen, daß mit den Worten: si solum sit alterius, superficies alterius nichts weniger als ein Eigenthumsrecht des Superficiars hat angedeutet werden ſollen, wie Schröter meint. Im fr. 30, D. 39, 2 wird gelehrt: qui de alieno cavet, satisdare debet, qui de suo, repromittere. Der Superficiar ſoll aber nach fr. 9, §. 4, D. l. c. satisdare, alſo de alieno coviren und nur der dominus soli ſoll repromittiren. Im fr. 13, §. 1, D. 39, 2 heißt es ſodann: sive corporis dominus, sive is, qui jus habet, utputo servitutem, de damno infecto coverit, puto eum repromittere debere, non satisdare, quia suo nomine id facit, non alieno. Es ſoll alſo der Servitutberechtigte hinſichtlich ſeiner Bauten mehr Rechte haben, als der Superficiar an dem von ihm errichteten Gebäude,

Digitized by Google

weil er repromittiren, der Superficiar aber satisdiren soll, die Bauten des Servitutberechtigten also suae, die des Superficiars alienae sein sollen. Deshalb kann man nicht daran denken, daß Ulpian durch sein „superficies alterius“ dem Superficiar habe Eigenthumsrechte zugestehen wollen. Das sit bedeutet ohnehin nicht blos „eigenthümlich gehören,“ sondern auch „sich bei jemand befinden“ und hat also dieselbe Bedeutung, wie das in obiger Stelle ebenfalls befindliche pertinet, von dem im fr. 186, D. de V. S. gesagt wird: verbum pertinet latissime patet, nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sunt, et eis, quas jure aliquo possideamus.

Auch die fr. 13, §. 3, D. 20, 1 und fr. 15, D. 20, 4, worauf Schröter und Guyat sich berufen, beweisen die corporis possessio des Superficiars nicht. Denn daß der Besitz, der hiernach dem Superficiar, beziehungsweise dem Pfandgläubiger zugeschrieben wird, nur Detention sei, geht daraus hervor, daß im fr. 15, §. 2, D. 13, 7 bemerkt wird, die Superficies dürfe darum verpfändet werden, quia hodie utiles actiones superficiario dantur und daß eine Superficies nur in der Weise als pignus bestellt werden kann, daß die superficies selbst dem Gläubiger tradirt wird. (Hepp im Archiv f. c. Pr. Bd. 13, S. 346 ff.) [1])

[1]) Die Erklärung obiger Stelle, welche Cujaz und nach ihm Godofred gegeben haben, stellt sich auf den ersten Blick als unrichtig dar. Nach dieser Erklärung soll nämlich diese Stelle von dem Falle reden, den Dionys. Valicarnass. 10. bespricht, wenn zwei auf einem öffentlichen Platz gebaut haben und der Eine den oberen, der Andere den unteren Stock als Eigenthum erhalten hat; in diesem Falle sei der Besitzer des oberen Stocks im Verhältniß zu dem des unteren Stocks ein quasi dominus. Allein wenn das Gebäude auf einem öffentlichen Platze errichtet worden war, so gehörte es keinem von beiden, sondern war ein öffentliches (fr. 32, D. 15, 1) und es war also nicht einmal der Besitzer des unteren Stocks, ein quasi dominus, geschweige denn der Besitzer des oberen Stocks, der dann auch begreiflicher Weise bei der Theilung des Gebäudes nicht weniger Rechte erhalten konnte, wie der Besitzer des unteren Stocks.

Digitized by Google

II.

Die Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen.

Von

Herrn Prof. Dr. Demelius, in Krakau.

Nachfolgende Zeilen sind veranlaßt durch den offenbaren Gegensatz, in welchem die scheinbaren Bestimmungen des römischen Rechts über obigen Gegenstand mit den Anforderungen der Verkehrssicherheit [1]) und in Folge davon mit der neueren Legislation [2]) stehn. Was zu einer genaueren Erwägung der gemeinen Theorie führte, war die Meinung, daß es jedenfalls gerechtfertigt ist, an solchen Punkten, in welchen es uns über die Sätze sonst bewährter Weisheit hinauszudrängen scheint, erst zu prüfen, ob denn in der That der vermeintliche Gegensatz existirt. Es ist neuerdings mehr als ein Mal geschehen, daß man bei Gelegenheit von An-

[1]) Siehe darüber Ihering im Jahrb. I., S. 31 ff.

[2]) Oestr. allg. B.-Ges.-B. §. 906. „Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden, so hat der Verpflichtete die Wahl; er kann aber von der einmal getroffenen Wahl, für sich allein nicht abgehen." Letztere Worte müssen gleicherweise vom Gläubiger gelten, wenn ihm die Wahl zusteht. Siehe Stubenrauch zu §. 906. (III. S. 85.)

Digitized by Google

griffen, die auf die römischrechtliche Theorie vom Standpunkte „moderner Rechtsanschauung" geführt wurden, darauf stieß, daß das angegriffene Recht gar nicht so unmodern war, als man angenommen hatte. Der hier beregte Punkt ist vielleicht von nicht sehr umfassender Bedeutung [1]). Allein es lohnt auch in Kleinerem das Destruiren vermeiden zu können.

Die herrschende Ansicht möge mit den Worten v. Savigny's [2]) bezeichnet werden. Hat der Schuldner die Wahl, so bindet ihn eine wörtliche Erklärung nicht, so daß er seinen Willen ändern kann bis zur vollendeten Leistung. Selbst durch die theilweise bewirkte Leistung des einen Gegenstandes wird das Wahlrecht nicht aufgehoben, vielmehr kann der Schuldner den geleisteten Theil zurückfordern. Dagegen liegt in einem Konstitutum, das bestimmt auf die eine der beiden Leistungen gerichtet wird, ein Verzicht auf die Wahl. Ferner wird auf die Wahl verzichtet, wenn auf die eine von beiden Leistungen ein Erlaßvertrag gerichtet, und der ausdrückliche Vorbehalt der andern Leistung hinzugefügt wird. — Ist dem Gläubiger durch Vertrag das Wahlrecht eingeräumt, so hängt es von der Bestimmung des Vertrages ab, ob die einmal ausgesprochene Willenserklärung den Gläubiger binden soll; außerdem kann auch er seinen Willen ändern und wird erst durch die angestellte Klage gebunden. — Diese Sätze werden zwar zunächst nur für die durch Vertrag entstandenen alternativen Obligationen aufgestellt; da jedoch für die auf Testament beruhenden oder durch eine allgemeine Rechtsregel entstandenen nichts Abweichendes gelehrt wird, so scheinen sie auch für letztere beiden Fälle gelten zu sollen.

Mit dieser Lehre stimmen unsere Rechtslehrer überein [3]).

---

[1]) Doch spielt bekanntlich das einem der Kontrahenten eingeräumte Wahlrecht bei manchen wichtigen Geschäften des Handelsrechts eine entscheidende Rolle. Vergl. Thöl H.-Schr. I, §. 91 ff.

[2]) Obligationenrecht I, §. 28, S. 389 ff.

[3]) Z. B. Puchta, Pand. §. 221 und dazu Vorlesungen von Bange-

Digitized by Google

Nur Thibaut[1]) lehrt ohne Begründung Anderes, Mühlenbruch[2]) findet die römische Theorie heut zu Tage nicht mehr ganz anwendbar, und ebenso bestreitet Jhering a. a. O. jenen Sätzen nur ihre heutige Anwendbarkeit. Man thut, meine ich, hiermit dem römischen Rechte bittres Unrecht.

Ueberschauen wir zunächst die Quellenaussprüche, welche über unsre Frage angeführt werden. Folgende Zusammenstellung wird uns dieselben in ihrer Beziehung unter einander zeigen und dadurch für die Frage nach ihrer Tragweite sichern Anhalt bieten.

I. Ausübung des Wahlrechts durch den Schuldner.

A. Ist die Wahl dem Schuldner nicht ausdrücklich gegeben, so darf derselbe bis zur Zahlung variiren.

l. 106 de V. O. Javolenus lib. VI, epist.

Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur, id est eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit; tamdiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvatur.

Wenn man nun auch dieser Stelle die Beweiskraft für obigen Satz deswegen absprechen wollte, weil Javolen auf eine etwaige Erklärung des Schuldners keine Rücksicht nähme, sondern nur ihm das Recht zuspräche, über Litiskontestation und Urtheil hinaus sein Wahlrecht zu behalten, so entscheidet doch sicher

l. 138 §. 1 de V. O. Venuleius lib. IV. stipul.

---

row, Pand. §. 569, Anm. 1, n. 2 und daselbst ältere Litteratur. Bücher Recht der Forderungen S. 118 ff. (2. Aufl.)

[1]) System §. 85: „Nur die Eigenthümlichkeit findet hier (bei alternativen Obligationen) statt, daß die einmal getroffene Wahl ein ferneres Wahlrecht aufhebt.“ Die Schrift von Thomasius, de promiss. rei incertae, auf welche sich Thibaut beruft, ist mir nicht zur Hand.

[2]) Pand. §. 325, Anm. 8: „Nach röm. Recht fand hierbei noch ein heut zu Tage nicht ganz so anwendbarer Unterschied Statt l. 112 de V. O.“

Digitized by Google

Quum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius, quae inest.

Und noch weiter geht l. 26, §. 13 de cond. indeb. Ulpian, lib. XXVI, ad ediet., nach welcher sogar geschehene Theilzahlung des einen alternativ geschuldeten Gegenstands dem Schuldner nicht das Recht nimmt, auf den andern zurückzugehn [1]).

Dagegen kann ich der für unsern Satz citirten [2]) l. 21 §. 6, de act. emt.

Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viveret, aut in singulos annos decem, emtor primo anno maluit decem praestare, secundo anno habitationem praestare; Trebatius ait, mutandae voluntatis potestatem eum habere, singulisque annis alterutrum praestare posse et quamdiu paratus sit alterutrum praestare, petitionem non esse,

nicht als hierher gehörig gelten lassen, da die Entscheidung des Trebatius darauf beruht, daß mehrere successiv fällig werdende Obligationen vorliegen und der Schuldner hinsichtlich jeder von ihnen sein Wahlrecht hat. Sollte die Stelle das beweisen, wofür sie citirt wird, so müßte sie enthalten, daß der Schuldner auch nach seiner Erklärung, dieses Jahr die Zehn geben zu wollen, dann abspringen und die habitatio anbieten dürfe. Daß aber Trebatius dies nicht entschieden haben würde, hoffe ich weiter unten nachzuweisen. —

B. Ist die Wahl dem Schuldner mit ausdrücklichen Worten gegeben, so bindet er sich durch Erklärung seiner Entscheidung.

---

[1]) Eine interessante Anwendung des Princips auf den Erlaß einer alternativen Obligation dotis causa in l. 9, §. 1 sqq. de fundo dot. von African und l. 10 eod. von Paulus.

[2]) Bangerow a. a. O. Savigny a. a. O. Anm. h.

Digitized by Google

Hierfür beweiſt zunächſt argumento contrario l. 138 §. 1 cit. Da das hervorgehobene: „Quum pure stipulatus sum“ — keinen andern Sinn haben kann, als das Nichtvorhandenſein der Elektionsklauſel zu bezeichnen, wozu denn auch die Schlußworte paſſen.

Es wird aber auch ausdrücklich beſtimmt in

l. 84, §. 9 de leg. I. Julian. lib. XXXIII. Dig.

Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato; si dixerit heres, Stichum se velle dare. Sticho mortuo liberabitur; quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

Was hier vom Damnationslegate geſagt wird, muß auch von der Stipulation gelten; anders wäre es beim Vindicationslegat, weil hier ſofort im Momente der Erklärung der Legatar Eigenthümer würde, und ſchon deshalb eine mutatio voluntatis ausgeſchloſſen wäre. Das alternative Damnationslegat erzeugt hingegen, ganz wie die alternative Stipulation, eine Verbindlichkeit des Erben, und die Regeln über Wahlrecht und deſſen Ausübung ſind ganz dieſelben. Den favor ultimarum voluntatem hätte man nur etwa dann ins Spiel zu ziehen Urſache [1]), wenn für die Stipulation das Gegentheil von dem in l. 84, §. 9 cit. Enthaltenen beſtimmt wäre.

II. Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger.

Hier fällt die obige Diſtinktion (A. B.), je nachdem die Wahl ausdrücklich, oder ſtillſchweigend bedungen iſt, weg, da der Gläubiger bei der Stipulation ohne beſondere Verabredung die Wahl nie hat, ebenſo beim Damnationslegat, beim Vindikationslegat aber wiederum ſeiner Natur nach durch einmalige Entſchei-

[1]) Wie es Donell will, comment. de iur. civ. l. XV., c. 2, §. 10 (ed. Koenig IX, p. 26). Er unterſcheidet auch nicht zwiſchen beiden Arten von Legaten.

Digitized by Google

dung das Wahlrecht konsumirt werden muß, vergl. l. 19 de leg. II, l. 20, de optione leg. l. 5 de leg. I.

Ist dem Gläubiger die Wahl gegeben, so entscheidet die bekannte

l. 112 pr. de V. O. Pomp. lib. XV, ad Quintum Mucium.

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet, quem elegerit, petet, et is erit solus in obligatione; an autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit: quem voluero, an: quem volam; nam si talis fuerit: quem voluero, quam semel elegerit, mutare voluntatem non poterit; si vero tractum habeat sermo illius et sit talis: quem volam, donec iudicium dictet, mutandi potestatem habebit.

Ganz dasselbe wird auch gelten müssen, wenn beim Damnationslegat dem Legatar die Wahl eingeräumt ist. Wenigstens haben die römischen Juristen auch Gesetzesworte mit so prägnanter Betonung der gewählten Verbalformen behandelt,

vergl. l. 6, §. 1 ad S C. Tertull. Paulus, lib. sing. ad S C. Tertull.

Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum propter haec verba: si nemo filiorum volet hereditatem suscipere, quia extensiva sunt, et quum verba extensiva sint, poenitentia eius usque ad annum admittenda est, quum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.

Für Stipulationen, wie für Legate gilt daher der Grundsatz, daß, mag die Wahl dem Gläubiger oder Schuldner zustehn, hinsichtlich des sogenannten ius variandi es darauf ankommt, ob

Digitized by Google

das Wahlrecht implicite oder durch ausdrückliche Verleihung gegeben ist. Im ersten Falle besteht unbeschränktes ius variandi, im zweiten dagegen bindet die einmal getroffene Wahl, es müßte denn aus den Worten der Verleihung besonders zu entnehmen sein, daß das ius variandi zustehn soll. Hinsichtlich des Schuldners scheint auf diesen letztern Fall keine Rücksicht genommen worden zu sein [1]).

Der Grund für obige durchgreifende Distinction scheint in Folgendem zu liegen.

Man kann die sogenannte alternative Obligation in einem doppelten Sinne auffassen.

1. Die beigefügte Alternative ist darauf berechnet, die Obligation während ihres ganzen Bestehens zu modificiren, eine endgültige Qualität derselben zu bilden. Sie soll dann als alternative Obligation geltend gemacht, bezüglich erfüllt werden. Es bedarf dann eines besonderen obligatorischen Ereignisses, um die Alternative zu heben, an ihre Stelle eine bestimmte auf Eins von Beiden gerichtete Forderung zu setzen.

2. Die beigefügte Alternative kann aber auch nur die Bedeutung eines Provisoriums tragen, welches sich sofort durch die erklärte Entscheidung des Wahlberechtigten heben soll, so daß an die Stelle der alternativen Obligation sofort ein einfaches, bestimmtes Forderungsrecht tritt. Dann trägt jene Entscheidung nicht den Charakter eines obligatorischen Geschäftes, eines Aufgebens des Wahlrechtes, sondern sie wirkt, weil von vorn herein mit ihr die Verwandelung der alternativen Obligation in eine einfache verknüpft war.

In welchem Sinne einzelnen Falls die Alternative zu nehmen ist, muß wenn es zweifelhaft ist, konstatirt werden. Durch Interpretation des Vertragswillens, der letzwilligen Disposition,

---

[1]) Siehe oben l. 84, §. 9 cit., wo der Erbe kein ius variandi hat, obgleich es hieß: „utrum heres meus volet."

Digitized by Google

oder der allgemeinen gesetzlichen Vorschrift, auf welcher die Existenz der alternativen Obligation beruht.

Für Stipulation und Legat haben nun die römischen Juristen, wenn das Wahlrecht, ohne besonders verliehen zu sein, aus dem aut-aut der Disposition folgte, im ersteren Sinne interpretirt. In diesem Falle, der blos für den Schuldner eintreten kann, siehe oben — bleibt die Obligation zu Gunsten des Schuldners unbestimmt bis zu ihrem Ende. Erst in dem Momente, in dem sie getilgt wird, entscheidet es sich, was sie dem Gläubiger einträgt. Vorher könnte nur ein neues obligatorisches Geschäft zu dieser Entscheidung führen. So Acceptation oder pactum de non petendo und Bezug auf den einen Gegenstand mit Vorbehalt des andern l. 27, §. 6 de pact., constitutum auf das Eine l. 25 pr de pec. constit. Blose Erklärung, den Stichus oder den Pamphilus geben zu wollen mußte, falls eben nicht die Erfordernisse eines bindenden Geschäfts vorlagen, wirkungslos sein.

Und die Juristen mußten das „Stichum aut Pamphilum dato“ und das „heres meus Stichum aut Pamphilum dato“ so auslegen, einfach weil die Alternative unmittelbar als Object des dare stand, demnach der Schuldner das Seinige that wenn er den St. oder den P. gab.

Anders, wenn es hieß Stichum aut Pamphilum dabo, quem voluero (velim) oder volueris (velis).“ Hier erschien zwar auch die Alternative als Object des dare, aber nur mittelbar, unmittelbar ging das dare auf „quem voluero,“ und die Alternative erschien als Object des velle d. h. es wurde versprochen den vom Wahlberechtigten Bezeichneten zu geben. Die Willenserklärung des Wählenden hat keine verpflichtende Bedeutung, sondern sie erscheint als Eintreten des Umstandes, von welchem von vornherein abhängig gemacht wurde, welches von beiden Objecten zu leisten ist. Wäre die Entscheidung statt auf die Wahl einer Partei, auf das Loos gestellt worden, so würde die Obligation in manchen Stücken ganz anders zu beurtheilen

Digitized by Google

sein, aber darin stimmten beide Fälle überein, daß die Willenserklärung des Wählenden, wie der Ausfall des Looses lediglich den Charakter der Entscheidung trägt. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß nicht jene Willenserklärung auch, um Entscheidung zu sein, von gewisser Beschaffenheit sein müsse.

In diesem Sinne mußten die römischen Juristen bei der electio nominatim data das Wahlrecht durch Erklärung der getroffenen Wahl konsumirt sein lassen. Diesen Sinn haben auch die Schlußworte von l. 138 cit.

quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest.

Ich möchte hier unter voluntas nicht mit Ihering [1]) den Willen der Kontrahenten, sondern die electio des Wahlberechtigten verstehn. Weil der Gegenstand der Forderung ausdrücklich auf das velle, die voluntas des Wählenden gestellt ist, erscheint seine Willenserklärung als endgültige Aufhebung der Alternative. Ist dagegen in der Disposition von einem velle gar nicht die Rede, so kann eben nicht auf dieses, sondern erst auf die Leistung die Entscheidung gestellt sein, mit andern Worten der erklärte Willen des Wahlberechtigten kann dann nur insoweit in Betracht kommen, als in ihm ein Aufgeben des Wahlrechts gefunden werden kann.

So gefaßt enthalten jene Worte eine genügende Erklärung, und man braucht nicht mit Donell [2]) dem Venuleius den Vorwurf zu machen, daß die rationis ratio fehle. Vielmehr ist der von Donell angenommene Erkärungsversuch der Glosse nicht stich-

---

[1]) A. a. O. S. 32. Die von mir gegebene Erklärung stimmt beinahe mit der bei Savigny, Obl.-R. I, S. 392, Anm. p. gegebenen überein. Nur erscheint mir, daß die einmal gegebene Erklärung der Wahlberechtigten im besprochenen Falle bindet, nicht als auf besonderer Vertragsbestimmung beruhende Einschränkung des Wahlrechts, sondern als einfachste Konsequenz des Stellens auf die Wahl und deshalb als das ohne Weiteres Anzunehmende.

[2]) A. a. O. l. XV, c. 2, §. 9.

Digitized by Google

haltig. Nach ihm sind die Quellenentscheidungen dadurch zu vereinigen und zu begründen, daß der wahlberechtigte Gläubiger seine Klage nur auf die eine oder auf die andere der beiden Leistungen richten kann, wenn dagegen der Schuldner zu wählen hat, auch das Klagbegehren nur alternativ gestellt werden kann. Dadurch würde wohl erklärt, daß im letztern Falle die Wahlbefugniß noch über Litiskontestation und Urtheil hinausdauern kann, in ersterem nicht — keineswegs aber wäre daraus zu entnehmen, warum die außergerichtlich geschehene Wahl den Gläubiger bindet, den Schuldner nicht.

Unsere oben gewonnene Regel, daß bei electio nominatim data durch Erklärung der getroffenen Wahl das Wahlrecht konsumirt wird, erlitt nur dann eine Modifikation, wenn das Wahlrecht des Gläubigers durch Dispositionsworte bedungen war, aus welchen positiv zu entnehmen war, daß nach dem Willen der Disponenten der Gläubiger bis zur Klaganstellung ungebunden bleiben sollte. Diese Annahme schien begründet durch die Klausel „quem volam — quem voles.“ Das besagen die Worte der l. 112 cit.

si vero tractum habeat sermo illius et sit talis: quem volam —

und der l. 6, §. 1 cit.

propter haec verba: si nemo filiorum volet hereditatem suscipere, quia extensiva sunt.

So das römische Recht hinsichtlich des Wahlrechts bei alternativen Obligationen, die durch Stipulation oder Legat begründet sind. Ueber die Konsumtion eines durch Konsensual- oder Realkontrakte oder durch sonstige obligatorische Geschäfte begründeten Wahlrechts, enthalten die Quellen keine ausdrückliche Entscheidungen, da wie oben bemerkt l. 21, §. 5 de action. emti

Digitized by Google

hier nicht direkt in Betracht kommen kann, und die von Savigny [1]) angeführte l. 34, §. 6 de contr. emt. wohl sagt, daß bei einem alternativ geschlossenen Kaufe im Zweifel

in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, —

aber von dem sogenannten ius variandi gar nicht redet.

Wenn wir nun die Frage erheben, wie es mit der heutigen Anwendbarkeit der oben entwickelten römischrechtlichen Bestimmungen steht, so läßt sich zuerst der Satz, daß für die Dauer des Wahlrechts der Wille des Testators oder der Kontrahenten entscheidend ist, natürlich nur unterschreiben. Was aber die Anhaltspunkte anbelangt, welche jene Bestimmungen zur Ermittelung desselben geben, so ist, wenn wir die Theorie der römischen Juristen als Ausflüsse römischen Sprachsinnes und somit für unser Recht als unbrauchbar nach der gegebenen Erörterung wohl mit Grund bezeichnen können, — damit noch nicht Alles gethan. Vielmehr gilt es nun, für unser heutiges Recht statt des weggezogenen Grundes nach einem neuen zu suchen. Und zwar werden wir den Blick zunächst um so mehr aufs römische Recht zu richten veranlaßt sein, als wir eben sehen, daß die unanwendbaren Bestimmungen desselben nur für ein beschränktes Gebiet galten, für den ganzen Kreis der obligatorischen Geschäfte außer der Stipulation aber die Frage nach dem ius variandi auch im römischen Rechte offen ist. Dabei werden wir indessen manchen oben berührten Gesichtspunkt herbeiziehen können.

Daß zunächst die Distinction zwischen electio nominatim und nicht nominatim data nicht über die Stipulationsformel hinaus anwendbar ist, braucht nicht bewiesen zu werden, da nicht das Mindeste für ihre weitere Anwendbarkeit spricht. Die Frage stellt sich demnach für Schuldner und Gläubiger, für stillschweigend und ausdrücklich verliehenes Wahlrecht gleicher Weise so: Geht, in Ermangelung besonders darauf gerichteter Verabredung das

[1]) A. a. O. S. 392 Anm. p. Siehe aber unten.

Digitized by Google

Wahlrecht durch einmalige Erklärung des Berechtigten unter, oder besteht es an sich bis zur Einklagung bezüglich Zahlung fort, es müßte denn auf dasselbe verzichtet sein?

Wenn wir uns nun im ersten Sinne entscheiden, so wollen wir uns nicht darauf berufen, daß eine inconstantia, wie sie im Abgehn von der einmal gegebenen Erklärung liegt, gegen das Wesen der bona fides ist. Noch weniger darauf, daß für bona fidei negotia, wie heut zu Tage immer, die voluntas expressa derjenigen quae tacite inest gleichzusetzen ist — denn einmal ist in der oben behandelten Stelle der Ausdruck voluntas gar nicht auf den Vertragswillen bezogen worden, und dann konnte ja aus dieser Identität ebenso gut gefolgert werden, daß überall gilt, was die Römer im Falle der voluntas, quae tacite inest, statuirten, als das Gegentheil. Auch damit wäre unsere Ansicht nicht zu stützen, daß in der erklärten Entscheidung des Wahlberechtigten immer ein Verzicht auf variatio zu finden sei; denn hätte der Wählende das Recht wieder abzugehn, so würde er in vielen Fällen gerade wählen, weil er sich auf jenes Recht verließe keineswegs aber in der Absicht, dasselbe aufzugeben.

Vielmehr gründet sich die Unstatthaftigkeit jedes ius variandi, wenn es nicht besonders bedungen ist, darauf, daß — sobald wir uneingeengt durch steife Wortinterpretation — das Wesen der alternativen Obligation ins Auge fassen, Alles darauf hindrängt, in der beigefügten Alternative nicht eine entgültige Qualität der Obligation zu erblicken, die ihr nur durch ein neues obligatorisches Geschäft entfremdet werden könnte, sondern vielmehr ein Provisorium, welches nach dem Parteiwillen durch die Entscheidung des Wählenden sofort in ein Definitivum überzugehn bestimmt ist.

Eine bedingte Obligation ist die Alternativobligation zwar nicht. Wäre sie das, so würden wir sofort über den Einfluß der Unmöglichkeit zu andern Sätzen gelangen müssen, als sie über denselben bestehen. Man kann ein alternatives Versprechen nicht etwa in eine Zahl bedingter Versprechen auflösen, die dadurch verknüpft wären, daß die Existenz der Bedingung des einen De-

Digitized by Google

ficiens der Bedingungen der andern wäre.[1]) Allein Eins hat die Bedeutung der Wahl für die alternative Obligation mit derjenigen der Deficiens oder Existenz der Bedingung für bedingte Obligationen gemein, daß nämlich durch sie ein schwebender provisorischer Zustand zu einem festen, definitiven verwandelt wird. Ist gewählt, d. h. vom Wahlberechtigten erklärt, was er fordere, bezüglich leisten werde, so geht nun die Forderung des wahlberechtigten Gläubigers nur auf die gewählte Sache, der wahlberechtigte Schuldner wird nur durch Hingabe der gewählten Leistung befreit; es müßte denn in beiden Fällen durch ein neues obligatorisches Geschäft die Alternative wieder eröffnet werden.

Für die Behauptung, daß diese Sätze im römischen Rechte abgesehn von Obligationen aus Stipulation oder Legat gelten, vermag ich nun zwar einen directen allgemeinen Ausspruch dieses Inhalts nicht anzuführen. Doch wird im Einzelnen Manches beizubringen sein.

1) In manchen Fällen alternativer Obligationen liegt in der Ausübung des Wahlrechts das zur Perfection-Gelangen eines andern Geschäftes. Ist z. B. eine dos aestimata unter der Verabredung gegeben, daß es dem Manne freistehn soll, entweder die hingegebene Sache zurückzugeben, oder die aestimatio zu zahlen,[2]) so muß, wenn er sich für das letztere entscheidet, das

[1]) Diese Anschauungsweise müßte dazu führen, daß der wahlberechtigte Schuldner durch Entscheidung für die unmöglich gewordene Leistung sich befreien könnte. Der Satz, daß durch Unmöglichwerden der einen Leistung die Obligation sich auf die noch mögliche konzentrirt, ist ein Ausfluß davon, daß beide Leistungen unbedingt geschuldet sind, nicht etwa die vom Wahlberechtigten gewählte, als von vornherein allein geschuldet anzusehen ist. Daß aber wiederum diese Auffassung der alternativen Obligation die einzig berechtigte ist, folgt aus der ratio, ne sit in arbitrio debitoris an debeat. Vgl. l. 2, § 3 de eo quod certo loco von Ulpian.

[2]) l. 10, §. 6 de iur. dot. l. 7, §. 5 de donat. int. viv. Vat. fragm. 14. Ebenso möglicherweise beim Kommodat l. 5, §. 3 commod. Vergl. dazu Chambon, Beiträge S. 15 ff. 79 ff. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung. S. 279.

Digitized by Google

Rechtsverhältniß als ein Kauf der Totalsache angesehen werden. Das Kaufgeschäft gilt dann als geschlossen mit der aestimatio, wird aber erst perfect durch die geschehene Entscheidung des Mannes. Wird nun wohl Jemand daran zweifeln, daß sich letzterer durch einseitiges Abgehn von seiner Erklärung wieder seiner Verpflichtung als Käufer nicht entschlagen kann? Gewiß bringt hier die Erklärung, die aestimatio zahlen zu wollen, sofort das eventuelle Verkaufsgeschäft zur Perfection, scheidet also demgemäß die andere Leistung aus der alternativen Obligation aus. Wer das bezweifelt, müßte auch bezweifeln, daß der aus einem pactum de retrovendendo Berechtigte seine Erklärung, rückkaufen zu wollen, einseitig revociren dürfe, oder der durch pactum displicentiae Berechtigte, sein erklärtes displicere. —

Besteht aber nun in obigen Fällen kein ius variandi, so wird es bei allen alternativen Obligationen nicht bestehn können. Denn daß die Erklärung des Mannes, die aestimatio geben zu wollen, den Ersatz eines Kaufes hat, das kann doch nicht das den erklärenden Wahlberechtigten bindende Moment sein; dasselbe liegt vielmehr, wie nur an obigen Fällen gerade besonders anschaulich wird, darin, daß der Parteiwillen an die Erklärung des Wahlberechtigten den sofortigen Eintritt des Definitivums, das Aufhören der provisorischen Alternative knüpft.

2) Unter die alternativen Obligationen gehört ebensowohl der Trödelvertrag mit seiner Verpflichtung zur Rückgabe der Sache oder Zahlung des Preises.[1]) Nun lehrt aber wohl Niemand, daß der Trödler, wenn er erklärt hat, den Preis zahlen zu wollen, nun doch noch die vielleicht werthlos gewordene Sache bringen dürfe,[2]) Was aber hier von ius variandi gilt, muß von allen alternativen Obligationen gelten. Daß die Tragung der Gefahr sich bei dieser Art alternativer Obligation von der Regel abweichend stellt, ist eine Sache für sich.

---

[1]) Mommsen a. a. O. S. 280.

[2]) Siehe auch Chambon a. a. O. S. 81.

Digitized by Google

3) Fälle alternativer Obligation werden besprochen in l. 13. §. 27 sq. de action: emt.

Si quis volludente procuratore meo ab eo emeris, an possit agere ex emto? Et puto hactenus (Vulg. agendum), ut aut stetur emtioni, aut discedatur.

Dasselbe wird dann angewendet auf ein Kaufgeschäft, durch welches ein Minderjähriger benachtheiligt wurde, oder welches mit einem Pupillen ohne tutoris auctoritas abgeschlossen ist. In diesen Fällen wird der zur Wahl Berechtigte klageweise gezwungen, zu wählen; welchen Sinn hätte das, wenn er durch die Wahl nicht gebunden wäre? Eingewendet kann nicht werden, daß hier keine alternative Obligation vorliege, sondern nur die Wahl zwischen Obligation und nicht Obligation. Denn nehmen wir nur an, daß die verkaufte Sache schon geleistet ist, so wählt der Berechtigte zwischen dem Anspruche auf den Preis und dem auf Rückgabe der Waare.

4) Für unsern Satz beweist das über die Geltendmachung der lex commissoria geltende Recht. Bekanntlich hat der durch sie begünstigte Contrahent im Falle nicht rechtzeitiger Befriedigung die Wahl, entweder die lex geltend zu machen, oder auf Erfüllung zu dringen, kann aber, wenn er sich für das eine oder das andere entschieden hat, nicht mehr von seiner Wahl abgehn. [1]) Nun wird zwar in l. 7 cit. und der Stelle der Vatikanischen Fragmente das Gebundensein des Wählenden auf einen Verzicht zurückgeführt, der in der Entscheidung für die eine Alternative liegen soll. Allein gewiß wird auch dem Verkäufer, der nicht renuntiandi animo, sondern nur und einstweilen wenigstens Etwas sicher zu haben, die Zinsen des Kaufpreises annimmt, oder demjenigen, der auf Rückgabe der Waare dringt, weil er den Käufer für insolvent hält, das Zurückgehn auf die andere Alternative keineswegs zu gestatten sein. Die übrigen Stellen von Paulus, Ulpian, Scaevola

[1]) l. 4. §. 2. l. 6. §. 2. l. 7 de leg. commiss., l. 38 pr. de minor. c. 4 de pact. int. emt. Vat. fragm. 3. 4.

Digitized by Google

und die Konstitution Alexanders reden denn auch ganz im Allgemeinen, ohne die Konsumption des Wahlrechts auf einen Verzicht zurückführen [1]). Es folgt daraus, daß die Hinzufügung der lex commissoria in dem Sinne zu interpretiren ist, daß der Berechtigte zwischen Rücktritt und Durchführung seines Anspruchs die Wahl hat, seine Entscheidung aber sofort Beendigung der Alternative nach sich ziehn soll. Man vermag keinen Grund zu sehn, warum bei andern alternativen Obligationen Anderes gelten soll.

So würde doch z. B., wo der Gläubiger zwischen Einforderung der Konventionalstrafe und Geltendmachung der Forderung selbst die Wahl hat [2]), der Vertragswille hinsichtlich eines etwaigen ius variandi keinesfalls anders zu interpretiren sein, als im besprochenen Falle.

5) Eine der für das ius variandi angeführte Quellenstellen läßt sich vermöge eines sichern argumentum contrarium für den Beweis der Nichtexistenz jenes Rechts außer bei Stipulation und Legat benutzen. In der oben behandelten l. 21 §. 6 de act. emt. lehrt Trebatius, daß bei alternativen Stipulationen in singulos annos der Schuldner für jedes Jahr von Neuem wählen dürfe. Das war zu erklären aus der Mehrheit der aus der Stipulation erwachsenden Ansprüche; für jeden derselben bestand das Wahlrecht des Schuldners selbstständig. Wäre Trebatius der Ansicht, daß überhaupt der Schuldner von der getroffenen Wahl wieder abzugehn berechtigt sei, so hätte er entscheiden müssen, daß er auch, wenn er schon einen Theil des Jahres die Wohnung gegeben hätte, sich doch immer noch durch Geldzahlung befreien dürfe, jener nicht durch Theilzahlung, da der Gläubiger Anspruch auf ein Ganzes hat, wohl aber durch nachträgliches Anbieten der ganzen Zehn. Diese Entscheidung stünde dann im Einklang mit

[1]) Das recedere a lege commissoria in l. 6 und l. 38 cit. hat nicht die Bedeutung eines Verzichts, sondern einfach des Wählens des einen Anspruchs, was von selbst Aufgeben des andern involvirt.

[2]) Vergl. l. 10, §. 1 de pact.

Digitized by Google

der ebenfalls oben citirten l. 26 §. 13. de cond. indeb. "Da aber Trebatius und mit ihm der citirende Paulus ihre Entscheidung auf die Annuität der versprochenen Prästation stellen, so halte ich es für unbedenklich, die Nichtexistenz des sogenannten ius variandi für einmalige Verpflichtungen auf ihre Entscheidung mit zu stützen.

So haben wir wohl den Satz gewonnen, daß von einem Rechte von der getroffenen Wahl einseitig zurückzutreten bei vertragsmäßigen Alternativobligationen außer dem Falle der Stipulation schon nach römischem Rechte nicht die Rede sein kann. Natürlich kann dieser Satz nur die Bedeutung einer Präsumption für die Interpretation als Parteiwillen tragen. Wo die Verabredung in anderm Sinne auszulegen Grund ist, weicht sofort die Präsumption. Daß nun für unser heutiges Recht nicht die römische Wortinterpretation der Stipulationsklauseln, sondern die Theorie der bonae fidei negotia maßgebend und brauchbar ist, ist ebenso unbestreitbar, als daß wir auch für die Interpretation letztwilliger Verfügungen keineswegs an die Aussprüche der römischen Juristen, sofern sie mit Worten des Testators zu thun haben, ohne Weiteres uns binden dürfen. Vielmehr wird auch hier anzunehmen sein, daß im Zweifel die letztwillige Disposition die Wahlobligation als eine nur provisorisch unbestimmte errichtet.

Und was von vertragsmäßigen und testamentarischen Alternativobligationen gelten muß, wird man auch unbedenklich in denjenigen Fällen statuiren dürfen, wo das Gesetz aus gewissen Thatsachen unmittelbar eine alternative Verbindlichkeit entstehen läßt. Erklärt der Käufer dem sich auf laesio enormis berufenden Verkäufer den vollen Werth der verkauften Sachen ergänzen zu wollen, so werden wir ihm ebensowenig das Recht einräumen können, später sich durch Rückgabe der Sache befreien zu dürfen — als das die römischen Juristen gethan haben würden. Hat der Miether die durch seine Schuld verlorene Sache bezahlen müssen, der Vermiether erhält die Sache zurück, und der Miether erklärt, die gezahlte Entschädigung wünschte er als Kaufpreis betrachtet

Digitized by Google

zu sehn, er wolle die Sache, werden wir dann, wenn er sich nachträglich anders besinnt, nicht seine Kondiktion des gezahlten Geldes abweisen? [1]) Nach der herrschenden Lehre über das ius variandi dürften wir das nicht, falls sich nicht ein Verzicht nachweisen läßt. Die römischen Juristen würden nach dem oben Beigebrachten vielleicht in manchen Fällen eine renuntiatio gefunden und anerkannt, aber in keinem Falle das Abspringen von der einmal erklärten Entscheidung zugelassen haben.

Es ist nun noch die weitere Frage zu beantworten, wie die Erklärung des Wahlberechtigten beschaffen sein muß, damit sie ihn binde. Die gemeine Lehre verlangt nach ihrem Standpunkte das Vorliegen der Erfordernisse eines gültigen Verzichtes. Wir verlangen bloße Erklärung der getroffenen Entscheidung. Allein es fragt sich, ob schon jede Aeußerung des Wahlberechtigten genügt, oder nur Aeußerung dem andern Subject der Obligation gegenüber. Genügt, können wir fragen, jede Aeußerung des Wahlberechtigten, aus welcher sich erkennen läßt, daß er sich entschieden hat, oder muß die Entscheidung und ihr Inhalt dem Mitbetheiligten erklärt sein? Wir streifen hier ersichtlich nahe an eine neuestens angelegentlich verhandelte Kontroverse. [2]) Doch ist zunächst das Entscheidungsprincip für beide Fragen ein ganz verschiedenes. Während sich die eine beantwortet aus dem Wesen des Vertrags, so fehlt für die unsrige dieser Boden. Wir müssen vielmehr lediglich so fragen: Macht bei alternativen Obligationen der Wille der Contrahenten, der des Testators, die Vorschrift des

---

[1]) Wird die in solutum gegebene Sache evinzirt, so hat der Empfänger die Wahl zwischen dem Evictionsanspruche und der nicht getilgten Forderung. Hat er auf letztere Zins- oder Abschlagzahlung angenommen, so braucht das keineswegs Verzicht zu sein, und doch kann er auf die Evictionsklage nicht zurückgehn.

[2]) Ueber die Erfordernisse des Vertragsschlusses unter Abwesenden.

Digitized by Google

Gesetzes den Uebergang der alternativen Verbindlichkeit in eine einfache definitive abhängig von der irgendwie ausgesprochenen Entscheidung des Wahlberechtigten, oder erst von seiner an den Mitbetheiligten gerichteten Erklärung? Wenn letzteres das Richtige wäre, dann entstünde nun die weitere Frage, wann eine solche Erklärung vorliegt, und diese Erörterung würde dann ganz mit derjenigen über die Erfordernisse der Erklärung des Vertragswillens zusammenfallen. Wir wollen hier nur mit der zunächst erhobenen Frage zu thun haben. Sie konnte nicht erhoben werden von Allen, die zur Aufhebung des Wahlrechts Verzicht verlangen. Nur gelegentlich, für den contractus aestimatorius, bemerkt Chamboñ [1]), daß die den Trödler bindende Entscheidung nicht wörtlich ausgesprochen zu sein brauche, auch durch konkludente Handlungen gegeben sein könne, so durch Weiterverkauf, Schenkung an einen Dritten, Verwendung zu eigenem Gebrauch, sich Belasten des Trödlers in seinen Büchern für den Betrag der Abschätzungssumme.

Daß nun darauf, ob der Wahlberechtigte seinen Willen ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen äußert, Nichts ankommen kann, ist zweifellos. Wohl aber wird man sich dafür entscheiden müssen, daß das Wahlrecht erst durch Erklärung der getroffenen Entscheidung an den Mitbetheiligten consumirt wird. Der Wille des Wählenden ist zwar nicht Bestandtheil eines Vertrags, sondern nur Eintreten einer Entscheidung. Allein überall, wo Existenz oder Inhalt eines obligatorischen Rechtsverhältnisses auf die Willenserklärung einer der beiden Betheiligten gestellt ist, wird darunter Erklärung an die Mitbetheiligten zu verstehn sein. [2]) So zweifellos, wenn die Existenz eines Geschäfts auf den Willen eines Theiles gestellt ist (pactum displicentiae,

---

[1]) A. a. O. S. 81.

[2]) Hier schlägt auch die Frage ein, wann bei verkauftem genus die species als gehörig ausgeschieden gelten muß. Thöl, H. R. I, §. 74.

Digitized by Google

Kauf, ut improbare liceat; pactum de rotrovendendo; in diem addictio; lex commissoria). Daß es sich ebenso verhält, wenn nicht das an debetur, sondern das quod debetur auf den Willen eines Theiles gestellt ist, dafür braucht es keines Beweises.

Was endlich die Frage anlangt, welchen Einfluß die erklärte Entscheidung des Wahlberechtigten auf die Tragung der Gefahr übt, so ist es einfache Konsequenz des vertheidigten Satzes, daß sofort nach jener Erklärung die gewählte Leistung einzig und allein in obligatione ist, demnach der Einfluß der Unmöglichkeit sich nun ganz so stellt, wie bei nichtalternativen Obligationen. Die Quellenstellen, welche die Frage nach der Wirkung des Unmöglichwerdens einer der alternativ geschuldeten Leistungen behandeln, nehmen sämmtlich nur auf den Rechtszustand vor getroffener Entscheidung Rücksicht, weil nur für diese Phase des Rechtsverhältnisses Besonderes gilt. Daß aber von einer Anwendung der hier einschlagenden Regeln auf die Zeit nach wirksam getroffener Wahl nicht die Rede sein kann, sehn wir, wenn es dafür überhaupt eines Quellenbelegs bedarf, aus den Anfangsworten der l. 112 de V. O, wo von dem gewählten Stichus oder Pamphilus gesagt wird: et is solus erit in obligatione. Was hier allerdings nur für den Fall der Nichtexistenz eines ius variandi gelten soll, muß, sobald es nach erklärter Wahl überhaupt im Zweifel kein solches Recht mehr giebt, allgemein und definitiv juristische Folge der Erklärung sein.

Digitized by Google

III.

Zur Lehre von den Gränzen des Gebietes der in integrum restitutio wegen Abwesenheit und sonstiger Hindernisse des Handelns.

Von dem

Herrn Hofrathe und Professor Dr. Fritz in Freiburg.

Einleitung.

§. 1.

Das fr. 39. D. quibus ex causis maiores XXV. annis in integrum restituuntur (4, 6.), aus Paul. L. 1. Sententiarum entnommen, lautet:

„Is, qui Reipublicae causa abfuturus erat, si procurato-„rem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum „volens restitui non auditur.“

Diese kurze Stelle machte bisher große Schwierigkeit bei Beantwortung der Frage: ob und wie weit nach römischem Rechte die Zulässigkeit der Restitution wegen Abwesenheit oder einer sonstigen Abhaltung des zu Restituirenden davon abhänge, ob er einen Stellvertreter ernannt hat oder nicht. Hauptsächlich fand

Digitized by Google

man es schwer, diesen Ausspruch des Paulus in Einklang zu bringen mit dem Ausspruche von Ulpian in fr. 26. §. 9. eod. tit., wornach in einem ganz ähnlichen Falle der Abwesende restituirt werden soll, „sive habuit procuratorem sive non.“ Der vollständige Wortlaut dieses Paragraphen ist:

„Item, inquit Praetor, si quae alia mihi iusta „causa esse videbitur, in integrum restituam. „Haec clausula Edicto inserta est necessario, multi enim „casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxi„lium, nec singulatim enumerari potuerunt, ut quoties „aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit „(sit?) descendendum; utputa legatione quis pro civi„tate functus est, aequissimum est eum restitui, licet Rei„publicae causa non absit; et saepissime constitutum est, „adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non. „Item puto et si testimonii causa sit evocatus ex qualibet „provincia vel in Urbem vel ad Principem; nam et hic „saepissime est rescriptum, subveniri. Sed et his, qui „cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, „similiter subventum. Et generaliter, quotiescunque quis „ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet ei „subveniendum.“

In der Accursischen Glosse [1]) sind nicht weniger als sieben verschiedene Vereinigungsversuche vorgeschlagen [2]), und spätere Schriftsteller fügen noch andere hinzu [3]).

Thibaut [4]) fand keinen derselben befriedigend, und ebenso

---

[1]) Ad fr. 39. cit.

[2]) S. unten §. 15—19.

[3]) S. unten §. 18—20.

[4]) Erörterungen einzelner Lehren des röm. Rechts; ein Commentar zu der 8. Aufl. des Pandektenrechts von Thibaut, herausgegeben von Froben, B. 2. S. 135—136. zu §. 695. ad voc. „Falsch ist“.

Digitized by Google

v. Savigny[5]), welcher jedoch von einem [6]) sagt, „er komme vielleicht der Wahrheit am nächsten [7]).“

Nach meiner Ueberzeugung ist es ein Fehler aller bisherigen Vereinigungsversuche, daß sie davon ausgehen, das fr. 39 rede von einem Falle, in welchem die Restitution zulässig wäre, wenn kein Procurator existirte. Diese Stelle ist vielmehr aus einer andern bisher nicht genug beachteten Gränze des Gebietes der Restitution wegen Abwesenheit und sonstiger Hindernisse des Handelns zu erklären, aus einer Gränze, die von der Art ist, daß sie schon in der Definition oder wenigstens bei der allgemeinen Charakterisirung dieser Art von Restitution herausgehoben werden sollte. Die Stelle ist daraus zu erklären, daß sie eine Art von Läsion betrifft, gegen welche die hier in Frage stehende Art von Restitution, die restitutio maiorum im engeren Sinne, überhaupt nicht ertheilt wird. Daran, daß die richtige Erklärung bisher nicht gefunden wurde, ist bei den meisten Auslegern (nämlich bei allen, welche das fr. 39 auf die Restitution des Abwesenden, und nicht auf die Restitution gegen den Abwesenden, beziehen [8]) besonders das schuld, daß sie den Worten: per quem defendi potuit,“ einen viel zu weiten Sinn beilegen, oder dieselben ganz unberücksichtigt lassen [9]).

In der gegenwärtigen Abhandlung erlaube ich mir meine so eben nur angedeutete Ansicht mit den Gründen, worauf sie beruht, dem Urtheile der Sachverständigen zu unterbreiten; und

---

[5]) System des heutigen Röm. Rechts B. 7, §. 327, S. 176 folg., besonders S. 180.

[6]) Nämlich von der Vereinigung, welche Cocceji und Burchardi empfehlen. S. unten §. 19.

[7]) Auch v. Bangerow findet keine der bisherigen Ansichten befriedigend. Zu welcher Ansicht er sich hinneigt, darüber s. unten §. 18, Note 4. Auf diese Ansicht beziehen sich die angeführten Aeußerungen von Thibaut und von Savigny noch nicht.

[8]) Ueber die ersteren s. unten §. 16—20, über die letzteren §. 15.

[9]) S. unten §. 16.

Digitized by Google

zwar werde ich zuerst die erwähnte bisher nicht genug beachtete Begränzung des Gebietes der fraglichen Art von Restitution, und dann die Frage, auf welche man bisher das fr. 39 bezog, und die bisherigen Versuche zur Vereinigung desselben mit dem fr. 26. §. 9 und anderen Stellen des Corpus Juris besprechen.

I. Gegen welche Läsionen ist die Restitution wegen Abwesenheit und sonstiger Hindernisse des Handelns zulässig?

§. 2.

Diese Art von Restitution wird bekanntlich nur gegen solche Nachtheile gestattet, die man durch Unterlassungen erlitten hat, nämlich durch Unterlassung solcher Handlungen, an welchen man durch die Situation, die den Grund der Restitution bildet, gehindert war [1]), nicht, wie die Restitution wegen Minderjährigkeit, auch gegen Nachtheile, in die man durch positive Handlungen gekommen ist.

Eine zweite Beschränkung der Restitution wegen Abwesenheit, die sich theilweise aus der genannten ersten ergiebt, aber noch über diese Consequenz hinausgeht, besteht darin, daß sie nur gegen diejenigen Nachtheile ertheilt wird, die in dem Verluste von Rechten bestehen, und nicht, wie die Restitution wegen Minderjährigkeit, auch gegen die nachtheilige Uebernahme von Schulden.

Diese zweite Beschränkung wird zwar von einigen Schriftstellern angeführt, aber von keinem ganz scharf herausgehoben, und in ihren Consequenzen verfolgt [2]). Sie ist es, welche wir hier weiter zu besprechen haben.

---

[1]) W. Francke, Beiträge zur Erläut. einzelner Rechtsmaterien. 1. Abth. Gött. 1828. Abh. 3. §. 2—3. S. 68 folg. G. H. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. §. 12. S. 68 folg. F. C. v. Savigny a. a. §. 325., besonders S. 163 unten.

[2]) Die drei in der Note 1. citirten Schriftsteller heben oft heraus, daß

Digitized by Google

§. 3.

Schuldner wird man in den meisten Fällen durch positive Thätigkeit, wie z. B. durch Abschließung eines Vertrages, durch Antretung einer Erbschaft, durch Besorgung fremder Geschäfte, durch Begehung eines Delictes. So weit nun dieses der Fall ist, versteht es sich schon wegen der Beschränkung unserer Restitution auf Nachtheile, die man sich durch Unterlassungen zugezogen hat, von selbst, daß dieselbe nicht gebraucht werden kann, um Nachtheile zu beseitigen, in die man durch Uebernahme von Schulden gekommen ist. Es giebt aber auch Fälle, wiewohl nicht viele, in welchen man sich durch Unterlassungen zum Schuldner macht. Ich erinnere an den Fall, wenn der Beklagte durch Unthätigkeit seinen Proceß verliert. Hier kommt es meistens zu einer eigentlichen Verurtheilung, und diese macht bekanntlich den Verurtheilten zum Schuldner des Klägers. Ist die angestellte Klage eine arbitraria actio, so kommt es allerdings nach römischem Rechte nicht sofort zu einer eigentlichen Verurtheilung des unterliegenden Beklagten, sondern zunächst nur zu einem iussus de restituendo oder einem ähnlichen arbitratus iudicis [1]); aber auch ein solcher arbitratus iudicis legt dem Beklagten eine Schuld auf [2]). Wegen solcher Fälle ist denn die Frage nicht überflüssig, ob ein Großjähriger Restitution wegen Abwesenheit und anderer Hindernisse des Handelns auch gegen eine Läsion

diese Restitution einen Verlust von Rechten durch Versäumniß voraussetze. Aber keiner derselben sagt ein einziges mal, daß sie gegen die Belastung mit Schulden nicht zulässig sei. Ferner erwähnt keiner derselben diesen Punkt da, wo von Restitution gegen gerichtliche Urtheile die Rede ist. Auch würde wohl Burchardi einige Restitutionsfälle, welche v. Savigny mit Recht für Fälle der besondern Restitution wegen Irrthums erklärt, nicht hieher gezählt haben, wenn er den Ausdruck: Verlust von Rechten, in dem Sinne nehme, wie ich ihn nehme. S. unten §. 6. Note 3.

[1]) §. 31. J. de act. (4, 6).

[2]) Ueber den Fall, wenn die Klage zu den Präjudicialklagen gehört, s. unten §. 8. Note 2.

Digitized by Google

verlangen kann, die er dadurch erlitten hat, daß er Schuldner eines Andern wurde.

§. 4.

Fragen wir nun vor Allem die Stelle des prätorischen Edictes, durch welche die fragliche Art von Restitution zugesagt wird, so finden wir darin Folgendes:

Die Restitution aus solchen im Edicte speciell genannten Gründen, die als Hindernisse in der Person des zu Restituirenden erscheinen, wird zugesagt gegen Nachtheile, die darin bestehen, daß etwas „de bonis deminutum erit“ oder „actionis dies exiisse dicetur [1])“. Die Restitution aus den übrigen im Edicte speciell genannten Gründen, die man fast sämmtlich mit dem Ausdruck: Unzugänglichkeit des Gegners, bezeichnen kann, wird nur versprochen gegen Usucapion, Aufhören einer Servitut durch Nichtausübung und Aufhören eines Klagerechtes durch Zeitablauf [2]). Die Nachtheile, gegen welche

[1]) fr. 1. §. 1. quib. ex caus. maiores (4, 6): „Verba Edicti talia „sunt: Si cuius quid de bonis deminutum erit, quum is „metu aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve „vinculis, servitute hostiumque potestate esset, sive „cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur.“ — Auf die Frage: warum neben dem Verluste an dem Vermögen der Verlust einer Klage durch Zeitablauf noch besonders genannt ist? wird die richtige Antwort sein: weil es auch Klagerechte gibt, die nicht zu dem Vermögen zu zählen sind. Vergl. Noodt ad Dig. 4, 6. v. Savigny a. a. O. S. 186. Brinz, Lehrb. der Pandekten §. 37. (B. 1. S. 120.)

[2]) In dem in der vorigen Anmerkung abgebrochenen Edicte heißt es weiter: „item si quis quid usu suum fecisset, aut quod „non utendo amisit, consecutus, actioneve qua solutus, „ob id, quod dies eius exierit, quum absens non defen„deretur, inve vinculis esset, seeumve agendi potesta„tem non faceret, aut quum eum invitum in ius vocari „non liceret neque defenderetur, quumve magistratus „de ea re appellatus esset, sive cui per magistratum „(Flor. pro magistratu) sine dolo ipsius actio exempta „esse dicetur.“

Digitized by Google

aus der allgemeinen Clausel („Item si qua alia mihi iusta causa) esse videbitur“ restituirt werden soll, sind in dem Edicte gar nicht genannt. Von allen drei Klassen von Fällen aber sagt der Prätor: „earum rerum actionem . . . . . in integrum restituam“ [3]). Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß nach diesem Inhalt des Edictes die Restitution aus der allgemeinen Clausel nur gegen solche Nachtheile zu geben ist, bei denen die Analogie dessen, was von der Restitution aus speciell genannten Gründen gesagt ist, dafür spricht, und daß die Nachtheile, gegen welche die Restitution aus Gründen der zweiten Art speciell versprochen wird, sämmtlich in dem Verluste von Rechten und nicht in der Belastung mit Schulden bestehen. Dasselbe gilt bei der ersten Klasse von Fällen, so weit sie mit den Worten: si actionis dies exiisse dicetur, bezeichnet werden. Die Worte: si cuius quid de bonis deminutum erit, sind allerdings etwas vag und könnten möglicherweise neben dem Verluste an activem Vermögen auch die Verminderung des reinen Vermögens durch Contrahirung von Schulden bezeichnen sollen. Daß dies aber die Absicht des Edictes nicht war, geht aus der Art hervor, wie dasselbe für alle drei Klassen von Fällen die Mittel der zu ertheilenden Restitution bezeichnet in den oben schon angeführten Worten: „earum rerum actionem . . . . in integrum restituam“.

§. 5.

Auch die Art, wie die römischen Rechtsgelehrten in den Pandekten und die kaiserlichen Constitutionen sich über die frag-

---

[3]) An die in den Noten 1 und 2 abgedruckten Edictsworte schließen sich folgende unmittelbar an: „earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit; item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit.

Digitized by Google

liche Restitution näher aussprechen, paßt nur zu der engeren Auslegung des Edictes.

Vor Allem die Art, wie sie sich über die Wege dieser Restitution, die in dem Edict mit den Worten: earum rerum actionem in integrum restituam, nur im Allgemeinen bezeichnet sind, näher äußern.

Sie erwähnen drei Arten von Wegen. Der erste und der gewöhnlichste ist der, daß die ipso iure verloren gegangene Klage als rescissoria actio, also als eine Art von utilis actio, wieder gegeben wird [1]). Ein zweiter Weg ist der, daß eine nach strengem Rechte begründete exceptio gegen die nicht ipso iure verlorene Klage versagt und dadurch die unwirksam gewordene Klage wirksam gemacht wird. Diesen Weg kann derjenige einschlagen, der, in der Lage die Publiciana in rem actio mit Erfolg anstellen zu können, die Anstellung derselben wegen eines als Grund der fraglichen Restitution erscheinenden Hinderniſses so lange unterläßt, daß der Besitzer die Sache usucapirt. Die Restitution geschieht hier dadurch, daß dem Besitzer die auf die Usucapion sich gründende exceptio dominii causa cognita versagt, oder nach den Umständen dem Kläger eine replicatio gegen dieselbe gegeben wird [2]). Ein dritter Weg endlich wird alsdann gestattet, wenn das verloren gegangene Recht ein absolutes ist, und derjenige, welcher den Verlust in Folge eines zu der

[1]) So z. B. die Eigenthumsklage im Falle der Restitution gegen die Usucapion. §. 5. J. de act. (4, 6.)

[2]) fr. 35. pr. D. de obl. et act. (44. 7.) fr. 57. D. mandati (17, 1.). Den wahren Sinn dieser Stellen hat nachgewiesen und die unrichtige Annahme, daß, wenn bei der Restitution des bisherigen Eigenthümers gegen die Usucapion der erste Weg eingeschlagen wird, die wiederhergestellte Eigenthumsklage nach fr. 35. cit. Publiciana heiße, daß es also zwei ganz verschiedene actiones Publicianae gebe, hat widerlegt v. Savigny a. a. O. S. 187 folg. und in der Beilage XIX. S. 292 folg. Die von Savigny gegebene Auslegung des fr. 57. cit., für welche er Cujacius und spätere occidentalische Schriftsteller anführt, findet sich auch in einem Scholion zu den Basiliken, nämlich zu XIV. 1, 57.

Digitized by Google

fraglichen Restitution sich eignenden Hinderniſſes erlitten hatte, nachher den Beſitz wieder erlangt hat, und nun nach ſtrengem Rechte von dem bisherigen Beſitzer mit einer dinglichen Klage belangt werden kann. In dieſem Falle wird er dadurch reſtituirt, daß ihm gegen dieſe Klage eine exceptio gewährt wird [3]). Z. B. die goldene Uhr des A wird während ſeiner Abweſenheit in Staatsangelegenheiten von B uſucapirt, dieſer verliert ſie aber nachher und A findet ſie. Hier wird dem A gegen die rei vindicatio des B auf Verlangen causa cognita eine Einrede geſtattet, die ſich darauf ſtützt, daß, wenn B im Beſitz wäre, dem A ſogar eine Klage gegen ihn auf dem Wege der in integrum restitutio zu geſtatten wäre, und auf die bekannte Rechtsregel, daß ein Verhältniß, welches, wenn es nöthig iſt, durch Klage geſchützt wird, um ſo mehr durch exceptio zu ſchützen iſt [4]).

Andere Wege der Reſtitution wegen Abweſenheit u. ſ. w. als dieſe drei kommen in den Quellen des römiſchen Rechtes nicht zur Sprache. Von dieſen drei Wegen paſſen aber die beiden erſten offenbar nicht für den Fall, wenn der Nachtheil darin beſteht, daß man mit einer Schuld belaſtet iſt. Der dritte Weg, die Ertheilung einer exceptio, würde wohl paſſen, allein die Quellen geſtatten ihn nur in Fällen der angegebenen Art und namentlich nicht gegen eine perſönliche Klage.

§. 6.

Aber nicht blos die Äußerungen der ſpäteren römiſchen Rechtsquellen über die Wege, auf welchen, ſondern auch ihre Äußerungen über Beiſpiele von Läſionen, gegen welche die fragliche Reſtitution zu geſtatten iſt [1]), dienen zur Beſtätigung meiner

---

[3]) fr. 28. §. 5. D. quib. ex causis maiores (4, 6.).

[4]) fr. 1. §. 4. D. de superficieb. (43, 18.). fr. 156. §. 1 D. de R. J. (50, 17.).

[1]) Vergl. darüber v. Savigny a. a. O. §. 329. im Anf. S. 185—187.

Digitized by Google

Behauptung. Es kommt kein einziger Fall vor, in welchem sie gegen eine contrahirte Schuld gestattet wird.

Die Restitution aus denjenigen im Edicte speciell genannten Gründen, die nicht in der Person des zu Restituirenden liegen, ist im Edicte auf genau bestimmte Läsionen beschränkt, die sämmtlich in einem Verlust von Rechten bestehen [2]; und andere als die im Edicte aufgeführten Läsionen kommen denn auch in den übrigen Quellenstellen nicht als Beispiele vor.

Anders ist es mit der Restitution wegen der im Edicte speciell genannten Hindernisse des Handelns, die in der Person des zu Restituirenden liegen, und mit der Restitution aus der allgemeinen Clausel. Als Beispiele von Läsionen, gegen welche diese beiden Arten von Restitution ertheilt werden, kommen vor allen die vor, gegen welche auch die Restitution aus speciell genannten Gründen der ersten Art gerichtet sein kann. Außer diesen kommen noch verschiedene andere vor, aber nur Läsionen, die in dem Verluste von Rechten, nie solche, die in Belastung mit Schulden bestehen. Eine Aufzählung der weiter vorkommenden Beispiele wird dieses zeigen [3]. Die fragliche Restitution wird nämlich auch zur Sprache gebracht als gerichtet: gegen den Verlust einer deferirten Erbschaft [4], gegen den Verlust eines Forderungsrechtes aus einer Schenkung oder aus einem Vermächtniß [5], gegen den

---

[2]) S. oben §. 4. Note 2.

[3]) Anders wäre es, wenn man das in fr. 7. pr. de in integr. rest. (4, 1.) mitgetheilte kaiserliche Rescript mit Burchardi a. a. O. S. 184. Anm. 100. und andern Schriftstellern von einer Restitution aus der allgemeinen Clausel zu verstehen hätte. Es ist aber gewiß richtiger, mit v. Savigny a. a. O. §. 331. diese und mehrere andere Stellen, welche Burchardi auf diese Weise deutet, auf die besondere Restitution wegen Irrthums zu beziehen. Ueber fr. 7. pr. cit. s. noch unten §. 10. am Ende.

[4]) fr. 86. pr. D. de acquir. vel. omitt. heredit. (29, 2.). fr. 3. §. 30. 31. D. de SCto Silan. (29, 5.) c. 1. C. de restit. milit. (2, 51.).

[5]) fr. 17. §. 1. fr. 41. 43. h. t. (4, 6.).

Digitized by Google

Verlust des juristischen Besitzes oder des Quasibesitzes [6]), gegen den Verlust des Eigenthums durch Veräußerung von Seiten des Pfandgläubigers [7]), gegen den Verlust des Eigenthums oder eines andern Rechtes durch sog. missio ex secundo decreto wegen nicht geleisteter cautio de damno infecto [8]), gegen den Verlust eines Sclaven in Folge des durch Nichtvertheidigung desselben gegen eine Noxalklage herbeigeführten duci iubere [9]), und endlich gegen den Verlust des dem Beklagten zustehenden Rechtsmittels der Appellation gegen ein ihm nachtheiliges Urtheil [10]). In dem letzten dieser Fälle hat die Restitution allerdings den Zweck, die Verletzung abzuhalten, die durch ein ungerechtes Urtheil gegen den Beklagten herbeigeführt wird und in Belastung mit einer Schuld besteht. Allein der Beklagte wird hier nicht unmittelbar gegen das Urtheil, oder mit andern Worten gegen die Schuld, restituirt, sondern nur gegen die Rechtskraft des Urtheils; es wird ihm nur eine Art von Klage, die ihm zu Gebot stand, und die den Zweck hatte, eine Prüfung des Urtheils durch ein

---

[6]) Eine solche Restitution kam bei den Römern wegen feindlicher Gefangenschaft vor. Da der Gefangene Sclave wurde, so konnte er von seiner Gefangennehmung an eben so wenig mehr juristischer Besitzer sein, als Eigenthümer; fr. 54. §. ult. D. de A. R. D. (41, 1). Er konnte mithin, wenn er iure postliminii wieder frei wurde, nicht mit einem possessorischen Interdict seinen Besitz in Anspruch nehmen, auch erlangte er ihn als ein res facti nicht iure postliminii von selbst, fr. 19. h. t. (4, 6.). So bedurfte er denn einer in integrum restitutio, die ihm nach fr. 23. §. 2. h. tit. auch ertheilt wurde. Wäre er Eigenthümer oder dinglich Berechtigter gewesen, so hätte er den Besitz allerdings ohne Restitution mit der Klage aus seinem Rechte, welches hier iure postliminii wieder aufgelebt wäre, wieder verlangen können. A. Faber, Rational. ad fr. 23. cit.

[7]) c. 6. C. de rest. mil. (2, 51.).

[8]) fr. 15. §. 2. h. t.

[9]) fr. 2. §. 1. D. si ex noxali causa (2, 9.). fr. 26. §. 6. fr. 30. D. de noxal. act. (9, 4.).

[10]) fr. 8. D. de in integrum rest. (4, 1.),

Digitized by Google

höheres Gericht herbeizuführen, wiedergegeben, nachdem er sie nach der Strenge des Rechtes durch Versäumiß verloren hat, eine Art von Klage, die zur Zeit des alten ordo iudiciorum zu einer extraordinaria cognitio führte [11]) und daher zu den außerordentlichen Klagen, zu den persecutiones gehörte. Es handelt sich also auch in diesem Falle um Restitution gegen den Verlust eines Rechtes, wenn auch eines solchen Rechtes, welches gegeben ist, damit man eine Schuld unter Umständen von sich abwenden kann.

§. 7.

Zur vollständigen Prüfung der von mir behaupteten Begränzung des Gebietes der Restitution wegen Abwesenheit u. s. w. gehört auch noch, daß wir die Fälle, in welchen die Läsion in der Belastung mit einer Schuld besteht, näher besprechen, und namentlich auch fragen, ob und wie die Quellen sich hier über die Restitutionsfrage speciell äußern.

Der wichtigste Fall dieser Art ist offenbar der schon oben im §. 3 genannte, wenn der Beklagte durch ein gegen ihn gerichtetes Urtheil lädirt ist.

Bevor wir aber diesen Fall näher besprechen, sollen zwei andere Fälle zur Sprache gebracht werden.

Der erste Fall ist der, wenn Jemand, der in einem Vertragsverhältniß oder in einem vertragsähnlichen Verhältniß steht, wie z. B. in dem eines Vormundes oder eines negotiorum gestor, durch schuldvolle Unterlassungen sich zum Schuldner macht.

Die Frage, ob gegen eine auf diese Weise contrahirte Schuld Restitution wegen Abwesenheit oder sonstiger Abhaltungen zu ertheilen sei, wird meines Wissens nirgends in den Quellen auch nur berührt. Dieses Schweigen ist denn auch sehr erklärlich.

---

[11]) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reiches. Bonn 1834. §. 32. Note 5. Gegen diese Bezeichnung des Verfahrens ist Keller, der röm. Civilproceß und die Actionen. 2. Ausg. Leipz. 1855. §. 82. S. 348.

Digitized by Google

Denn in jedem einzelnen Falle, in welchem eine Culpa der fraglichen Art behauptet wird, kommt es darauf an, ob nicht die Abwesenheit oder die sonstige Abhaltung des angeblichen Schuldners einen hinreichenden Grund enthält, die vorgekommene Unterlassung gar nicht als culpos anzusehen, oder doch nicht denjenigen Grad von Culpa darin zu finden, wie er in dem fraglichen Verhältniß allein prästirt werden muß. Diese Frage hat der Richter nach der Natur des einzelnen Falles und nach den Principien über die Culpa zu entscheiden, und nicht nach den Regeln über die in integrum restitutio. Ist sie nun zu Gunsten des angeblichen Schuldners zu entscheiden, so bedarf es keiner Restitution desselben. Ist aber nach den erwähnten Principien gegen ihn zu entscheiden, so wäre es gewiß nicht vernünftig, ihm ein solches Urtheil auf dem Wege der in integrum restitutio zu ersparen, denn dadurch würde er von einer Entschädigungspflicht befreit, die er nach dem Worte des Vertrages, oder wenigstens nach dem Geiste des Vertrages, oder des Quasicontractes übernommen hat. Es wäre daher in diesem Falle sicher eine Ausnahme gemacht worden, wenn in der Regel die fragliche Restitution auch gegen Belastung mit Schulden zulässig wäre. Daß nun eine solche Ausnahme nirgends in den Quellen erwähnt wird, ist nur dadurch erklärlich, daß eine solche Regel nicht besteht.

Diesem Falle ist der andere ganz ähnlich, wenn irgend ein Schuldner wegen Verzuges auf Zinsen oder Schadensersatz in Anspruch genommen werden soll und sich auf Abwesenheit oder sonstige Hindernisse beruft. Fehlt es hier, wegen der Abwesenheit u. s. w., oder auch aus einer andern Ursache, an irgend einem der Erfordernisse des Verzuges, die nach der Lehre von dem Verzuge und nicht nach der Lehre von der in integrum restitutio zu beurtheilen sind: so ist der Schuldner von den nachtheiligen Folgen des Verzuges frei und bedarf keiner Restitution dagegen. Ist aber Verzug vorhanden, so wäre eine Restitution gegen die nachtheiligen gesetzlichen Folgen desselben

Digitized by Google

wegen Abwesenheit u. s. w. eben so eine Verletzung eines dem Gläubiger schon vor der Mora wohl erworbenen Rechtes, wie die gegen die gesetzlichen Folgen einer culpa in non faciendo [11]). Sie wäre daher sicher auch in diesem Falle ausnahmsweise nicht gestattet worden, wenn sie sonst gegen Belastung mit Schulden zulässig wäre.

§. 8.

Wir gehen nun zu den Fällen über, in welchen gegen einen Beklagten, der seine Sache wegen Abwesenheit in Staatsangelegenheiten oder wegen einer ähnlichen Abhaltung nicht selbst führen kann, ein ihn lädirendes Urtheil gesprochen wird [1]).

Halten wir uns zunächst an drei Pandektenstellen, die alle von dem Falle sprechen, wenn der Beklagte in Staatsangelegenheiten abwesend war, und alle darin übereinstimmen, daß hier keine in integrum restitutio zulässig ist. Die eine von Macer [2])

---

[11]) Vergl. Francke a. a. O. S. 71.

[1]) Bei Präjudicialklagen ist es nach römischem Rechte nicht auf Verurtheilung des Beklagten und auch nicht auf einen iussus de restituendo u. s. w. abgesehen, sondern auf Entscheidung einer Vorfrage, von welcher ein anderer Rechtsstreit abhängt. Gaj. IV. §. 44; §. 13. J. de act. (4, 6.). So fällt denn der Grund, aus welchem sonst die Restitution wegen Abwesenheit u. dergl. gegen ein den Beklagten lädirendes Urtheil schon nach dem prätorischen Edicte wegfällt, bei Urtheilen über solche Klagen hinweg. Wenn aber durch ein solches Urtheil ein Recht des Beklagten verloren geht, so ist es doch gewöhnlich kein Vermögensrecht, und die fragliche Restitution erscheint daher in den meisten Fällen aus diesem Grunde als unzulässig. S. oben §. 4. Allerdings lassen sich auch Fälle denken, in welchen wirklich ein Vermögensrecht auf diese Weise verloren geht. Es wird sich aber in dem Folgenden zeigen, daß wenigstens nach Justinianeischem Rechte auch in diesen seltenen Fällen die fragliche Restitution nicht zugelassen wird.

[2]) fr. 8. D. de in integrum rest. (4, 1.). „Macer libro II. de Ap„pellationibus. — Inter minores viginti quinque annis et eos, qui Rei„publicae causa absunt, hoc interest, quod minores annis, etiam qui „per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilominus in integrum

Digitized by Google

spricht von dem Falle, wenn der Abwesende von dem zurückgelassenen Procurator vertheidigt worden ist, und versagt die Restitution wegen Abwesenheit gegen das Urtheil. Die zweite von Paulus [3]), aus dem ersten Buche seiner Sententiae, spricht von dem Falle, wenn der Abwesende indefensus ist, und darunter versteht er offenbar denjenigen, welcher keinen Procurator hinterließ, und auch nicht durch einen Defensor im engern Sinne vertheidigt wurde. Hier, sagt sie, solle kein Contumacialurtheil gesprochen werden, die Androhung desselben (edictum peremtorium) sei bedeutungslos (nihil momenti habet). Daraus folgt denn, daß ein solches Urtheil, wenn es dennoch gefällt wird, ipso iure nichtig ist, und daß mithin eine Restitution dagegen als überflüssig und eben deshalb als unzulässig erscheint. Die dritte Stelle endlich, aus demselben ersten Buche der Sententiae von Paulus [4]), sagt: habe der Abwesende einen Procurator zurückgelassen, durch den er vertheidigt werden konnte, so sei seine in integrum restitutio desselben nicht zulässig.

Die erste dieser Stellen hebt heraus, daß es bei dem Minderjährigen anders gehalten werde, als bei dem in Staatsangelegenheiten Abwesenden, indem jener Restitution verlangen könne, auch wenn er durch seinen Vormund vertheidigt worden ist. Warum hier die Restitution wegen Abwesenheit versagt wird, ist nicht ausdrücklich angegeben. Nach den obigen Betrachtungen über

---

„contra Rempublicam“ (die bessere Lesart ist, wie schon die Glosse anerkannte: „rem iudicatam“) „restituuntur, cognita scilicet causa; ei vero, „qui Reipublicae causa absit, ceteris quoque, qui in eadem causa ha„bentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum „restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.“

[3]) fr. 54. pr. D. de re iudicata (42, 1.). „Paulus libro I. Sen„tentiarum. — Contra pupillum indefensum, eumque, qui Reipublicae „causa abest, vel minorem viginti quinque annis propositum peremtoriim „nihil momenti habet.

[4]) fr. 39. D. quib. ex caus. maiores (4, 6.). S. oben §. 1.

Digitized by Google

das Edict, worin diese Restitution zugesagt wird, und über die Pandektenstellen, worin dasselbe erläutert wird, liegt der Gedanke sehr nahe, daß sie deswegen unzulässig ist, weil die Läsion hier nicht in dem Verluste eines Rechtes, sondern in der Belastung mit einer Schuld besteht. Indessen läßt sich auch noch ein zweiter Grund als maßgebend denken, nämlich der, daß die Läsion hier nicht durch reine Unterlassung herbeigeführt worden ist. Anders ist dies in der dritten Stelle. Hier kann der letztere Grund unmöglich entscheidend sein; es bleibt also kein anderer übrig, als der erstere.

In der ersten Stelle wird auch noch herausgehoben, daß dem Beklagten in einem solchen Falle gegen die Versäumung der Appellation Restitution ertheilt werde; was mit meiner Auffassung ganz übereinstimmt, indem es sich hier um ein durch Unthätigkeit verlorenes Recht handelt. In der dritten Stelle ist von Appellation keine Rede. Diese ist gegen gültige Contumacialurtheile bekanntlich unzulässig [5]), so daß also auch eine Versäumung derselben hier nicht vorkommen kann.

§. 9.

Mit dem Inhalte des vorigen Paragraphen stimmt auch die neueste Verordnung des Justinianeischen Codex [1]) über das Contumacialverfahren, nämlich die c. 13. C. de iudiciis (3, 1.), vollkommen überein.

Um dieses zu zeigen, legen wir vor Allem den wesentlichen Gesammtinhalt dieser Verordnung dar.

Die Verordnung [2]), welche für die ehemalige Proceßver-

---

[5]) fr. 73. §. 3. D. de iudiciis (5, 1.) c. 13. §. 4. C. de iudiciis (3, 1.).

[1]) Die neuesten Verordnungen Justinian's sind: Nov. 53. c. 1. Nov. 69. c. 3. pr. Nov. 112. c. 3.

[2]) Vom 27. März 530.

Digitized by Google

jährung [3]) einigen Ersatz bieten soll [4]), hat die Tendenz, so viel als möglich zu verhüten, daß nach der litis contestatio drei Jahre ablaufen, bevor der Proceß zur Aburtheilung kommt.

Zu diesem Zwecke schreibt sie für den Fall, wenn die klagende Partei die Sache liegen läßt, oder die belangte Partei ausbleibt, ein Contumacialverfahren vor, welches die Gegenpartei im sechsten Semester verlangen kann. Sie droht ferner dem Richter, der diese Vorschrift nicht beachtet, oder ungeachtet der Thätigkeit beider Parteien den Proceß über die angegebene Zeit hinaus verschleppt, bestimmte schwere Strafen an. Und liegt die Schuld, daß ein Proceß nach drei Jahren noch nicht entschieden ist, an den Advocaten einer Partei oder beider Parteien, so sollen diese mit bedeutenden Geldstrafen belegt werden.

Das Urtheil, welches hier ungeachtet des Nichterscheinens der einen Partei zu fällen ist, soll nicht nothwendig gegen die-

---

[3]) Zur Zeit der klassischen Juristen hieß der per formulam eingeleitete Proceß iudicium legitimum, wenn er in Rom oder in der Bannmeile von Rom vorkam, wenn keine Recuperatoren ernannt waren, sondern unus iudex, und wenn dieser und die Parteien römische Bürger waren, und er hieß iudicium quod imperio continetur, oder auch imperio continens, wenn es an einer der angegebenen Voraussetzungen zu einem iudicium legitimum fehlt. In dem letzten Falle hörte die den Geschworenen ertheilte Vollmacht auf, sobald der Ertheiler derselben von seinem Amte abtrat; im ersten Falle war sie Anfangs auf keine Zeit beschränkt, aber nach einer lex Julia iudiciaria soll sie auch hier nach 1½ Jahren aufhören. Daher das Sprichwort: non et sex mensibus omnes lites exspirant. Gajus IV. §. 103—105. 109. War bis dahin der Proceß nicht entschieden, so war er für den Kläger verloren; denn eine neue Klage fiel bald ipso iure hinweg, bald konnte ihr die exceptio rei in iudicium deductae entgegengesetzt werden. Gaj. IV. §. 106—108. Seit Aufhebung des alten ordo iudiciorum, oder wenigstens nach Justinian's Compilation, findet diese Proceßverjährung nicht mehr Statt, und die angegebene Eintheilung der Processe gilt nicht mehr.

[4]) Einigen Ersatz bietet auch die von Theodos II. in der c. 3. C. de XXX. vel XL. annor. praescript. (7, 39.) eingeführte Verjährung durch dreißigjähriges Liegenlassen einer anhängigen Klage, an deren Stelle Justinian durch c. 8. C. eod. eine praescriptio XL. annorum setzte.

Digitized by Google

selbe gerichtet sein; vielmehr soll sie, soweit es sich zeigt, daß das Recht auf ihrer Seite ist, in der Hauptsache siegen, und nur in die Prozeßkosten zur Strafe ihrer Contumaz verurtheilt werden. Ja, in dem Falle, wenn der klagende Theil ungehorsam ist, soll nicht immer ein definitives Urtheil auf Verlangen des beklagten Theiles gegeben werden. Findet nämlich der Richter, daß die Sache nach den Acten zu einer definitiven Entscheidung nicht reif ist, so soll er den Beklagten unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, nur ab observatione iudicii absolvere, d. h. er soll den Kläger einstweilen abweisen unter Vorbehalt einer neu anzustellenden Klage.

Ein Proceß, der auf diesem Wege einmal zur definitiven Entscheidung gelangt ist, soll von der ungehorsamen Partei auf keine Weise wieder erneuert werden, namentlich soll derselben, wie bisher, keine Appellation gestattet sein.

Diese Vorschriften, heißt es dann im §. 10, sollen für alle diejenigen, welche die Großjährigkeit erreicht haben und ihre Processe ganz selbstständig führen dürfen, vollständig gelten. Die unter Vormundschaft stehende Partei, verordnet endlich der §. 11, welche auf die angegebene Weise einen Schaden durch die Schuld ihrer Vormünder oder der Stellvertreter derselben erleidet, soll gegen diese Personen, wie gegen die Bürgen derselben und gegen die Pfänder, ihren Regreß haben, und der Minderjährige, welcher auf diesem Wege nicht zum Ersatze seines Schadens kommen kann, soll in integrum restitutio gegen das Urtheil verlangen können.

§. 10.

Die Frage, auf die es hier ankommt, ist die, ob es nach der neuen Verordnung Fälle gibt, in welchen ein Contumacialurtheil, und namentlich ein solches, welches dem Beklagten nachtheilig ist, mit Erfolg als nichtig angefochten, und ob es Fälle gibt, in welchen in integrum restitutio wegen Abwesenheit

Digitized by Google

oder sonstiger Abhaltungen gegen ein solches Urtheil verlangt werden kann.

Mit dürren Worten spricht die Verordnung weder von der Nichtigkeit, noch von der fraglichen Restitution. Dennoch sagt sie von der letzteren und überhaupt von jeder Restitution, die sich nicht auf die Minderjährigkeit gründet, deutlich, daß sie unzulässig sein soll. Die Vorschrift, es solle ein so entschiedener Proceß von dem Abwesenden nicht wieder erneuert werden können, verglichen mit dem, was über die Restitution der Minderjährigen im §. 11 verordnet wird, und mit dem Uebergang im §. 10, läßt keine andere Auslegung zu. Hiernach kann denn eine Restitution von dem abwesenden Kläger ebensowenig verlangt werden, als von dem abwesenden Beklagten, aber mit dem Unterschiede, daß sie dem Beklagten, höchst seltene Ausnahmen abgerechnet [1]), auch ohne besondere Verordnung schon nach dem prätorischen Edicte nicht zustehen würde, während sie dem Kläger zunächst nur wegen Justinian's Verordnung zu versagen ist.

Dagegen ist die Bestimmung, der durch ein Contumacialurtheil entschiedene Prozeß solle nie wieder erneuert werden, offenbar nur von einem gültigen Contumacialurtheil zu verstehen; sie ist mit andern Worten nicht so zu verstehen, daß ein Contumacialurtheil niemals nichtig sei.

Ueber die Frage, wann dasselbe nichtig ist, müssen, da die Verordnung selbst schweigt, natürlich die in die Pandekten und in den Codex aufgenommenen Stellen entscheiden.

Wie nun dahin hinsichtlich der Urtheile gegen Minderjährige fr. 45. §. 2. [2]) und fr. 54. pr. D. de re iudicata (42, 1.) gehören, so gehört hinsichtlich der abwesenden Großjährigen das im §. 8. besprochene fr. 54. pr. cit. von Pau-

---

[1]) S. oben §. 8. Anm. 1.

[2]) „Paulus lib. 1. Sententiarum. — §. 2. Contra indefensos minores tutorem vel curatorem non habentes nulla sententia profe„renda est.“

lus hieher, deſſen Sinn durch das dort ebenfalls beſprochene fr. 39. quib. ex causis majores von Paulus näher beſtimmt wird.

Ein Reſcript im Codex von Severus Alexander [3]) wiederholt den Inhalt des fr. 54. in Beziehung auf den Beklagten in analoger Anwendung auf den Fall, wenn derſelbe nicht in Staats-, ſondern in ſtädtiſchen Angelegenheiten abweſend iſt. Dieſe Stelle wurde bisher häufig für die Zuläſſigkeit der Reſtitution gegen Urtheile der fraglichen Art angeführt. Allein die Worte: instaurationem iudicii, paſſen auch für die Wiederaufnahme des Proceſſes wegen Nullität; und die Worte: iure desideras, paſſen für einen Fall der Nichtigkeit auch beſſer, als für einen Fall der Reſtitution. Ohnehin würde die Aufnahme der Stelle in den Codex, wenn ſie in dem gewöhnlich angenommenen Sinne zu verſtehen wäre, mit Juſtinian's Edict im Widerſpruch ſtehen, während bei meiner Auffaſſung derſelben die Compilatoren nur der Vorwurf trifft, daß ſie in einen der in integrum restitutio gewidmeten Titel eine Stelle aufgenommen haben, welche nicht von einer eigentlichen Reſtitution, ſondern von Wiederaufnahme eines Proceſſes wegen Nichtigkeit der gegebenen Entſcheidung handelt.

Ebenſo verhält es ſich mit einer Pandektenſtelle von Ulpian [4]). Nur iſt dieſe nicht blos von dem Falle zu verſtehen, wenn

---

[3]) c. 1. C. quib. ex caus. maiores (2, 54.) — „Imp. Antoninus „Aemiliano. — Si propter officium legationis, ad me bonu fide factae, „absens et indefensus condemnatus es, instaurationem iudicii iure desi„deras, ut ex integro defensionibus tuis utaris. Nam eos quoque, qui „legationis officio funguntur, in eo privilegio esse, in quo sunt, qui „Reipublicae causa absunt, receptum est.“ P. P. V. Non. Mart. duobus „Aspris Conss. (212.)“

[4]) fr. 7. §. 12. D. de minorib. XXV. annis (4, 4.). „Ulp. lib. XI. „ad Edictum. — — §. 12. Item et in eremodiciis ei subvenitur; con„stat autem omnis aetatis hominibus restaurationem eremodicii praestari, „si se doceant ex iusta causa abfuisse.“

Digitized by Google

gegen den Beklagten, sondern ebenso von dem Falle, wenn gegen den Kläger während seiner Abwesenheit gesprochen worden ist; auch sagt sie ausdrücklich, daß jede absentia ex iusta causa diese Wirkung habe. Dasselbe gilt von einem Rescript von Diocletian und Maximian [5]), welches übrigens in einen Titel des Codex aufgenommen ist, in welchen es nach meiner Aufstellung eben so paßt, wie nach der gewöhnlichen Auslegung. Diese Stelle spricht von jeder nothwendigen Abwesenheit. Die Worte: „quidquid contra te absentem statu„tum fuerit, ... officere tibi iuris ratio non permittit," passen gewiß auch eher, um auszudrücken, daß die Entscheidung nichtig sei, als um nur Restitution gegen dieselbe für zulässig zu erklären.

Diesen Stellen und meiner Auslegung derselben steht auch nicht entgegen eine Pandektenstelle von Marcellus [6]), welche in einem gewissen Falle Restitution gegen ein Contumacialurtheil, und zwar nach den Basiliken [7]) gegen ein condemnatorisches zuläßt, ohne die Minderjährigkeit des Lädirten zur Bedingung, zu machen. Mit der von mir vertheidigten Theorie über die Gränzen der restitutio majorum im engeren Sinne verträgt sich diese

---

[5]) c. 10. C. quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentib. partib. vel una parte absente (7, 43.) „Impp. Diocletia„nus et Maximianus AA. Blesio. — Quum non voluntatis tuae arbitrio „sed necessitate profectus sis, quidquid contra te absentem statutum fuerit, „quando absentiae causa necessaria sit, officere tibi iuris ratio non permittit."

[6]) fr, 7. pr. D. de in integrum rest. (4, 1.). „Marcellus libro „III. Digestorum. — Divus Antoninus Marcio Avito Praetori de succur„rendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: „Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen „ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est; itaque „si citatus non respondit, et ob hoc more pronuntiatum „est, confestim autem pro tribunali te sedentem adiit, „existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita „voce praeconis defuisse; ideoque restitui potest."

[7]) Basil. X, 1, 7.

Digitized by Google

Stelle, weil sie sich nicht auf diese Art von Restitution, sondern auf die Restitution wegen Irrthums bezieht [8]); und mit meiner Ansicht, daß gegen diejenigen Contumacialurtheile, von welchen in der c. 13. C. de iudiciis die Rede ist, eine andere Restitution, als die wegen Minderjährigkeit, nie zulässig sei, steht die Aufnahme der Stelle von Marcellus in die Pandekten deswegen nicht im Widerspruche, weil dieselbe offenbar einen Fall betrifft, in welchem es noch nicht zur litis contestatio gekommen ist [9]) [10]).

II. In welchen Fällen hängt die Zulässigkeit der in integrum restitutio wegen Abwesenheit und sonstiger Hindernisse des Handelns davon ab, ob die Stelle des Abwesenden u. s. w. nicht durch einen Procurator vertreten werden konnte?

§. 11.

Es sind hier vor Allem drei Klassen von Fällen zu unterscheiden, zwei Klassen von unbestrittenen Fällen und die bestrittenen Fälle.

---

[8]) S. oben §. 16. Note 23.

[9]) Wegen der Worte: „confestim autem pro tribunali te sedentem adiit"

[10]) fr. 30. §. 1. in f. D. h. t. (4, 6.) aus Paul. lib. XII. ad Edictum handelt, wie schon A. Faber Rational. ad h. l. gezeigt hat, nicht von einer gegen ein gerichtliches Urtheil, sondern von einer gegen eine Usucapion gerichteten Restitution. In dem vorhergehenden Satze nämlich wird herausgehoben, daß, wenn ein Abwesender (sei es auch ein Reipublicae causa absens) eine Sache usucapirt, und diese dann veräußert hat, der frühere Eigenthümer immer noch Restitution gegen den jetzigen Besitzer verlangen könne. Die nun folgenden entscheidenden Worte: „Item ex reliquis omnibus causis restitutio facienda est," sollen offenbar nichts Anderes sagen, als, veluti si adversus eum pronunciatum sit, was in dem Falle einer Veräußerung gilt, das gelte auch bei jedem anderen Besitzübergang, z. B. wenn der Usucapient in einem Prozesse mit einem Dritten unterlegen ist.

Digitized by Google

Besteht erstens der Grund der Restitution darin, daß derjenige, gegen welchen man sein Recht hätte verfolgen sollen, abwesend oder sonst unzugänglich war, so kommt es unbestreitbar und unbestritten immer auch darauf an, daß nicht ein gesetzlicher Stellvertreter des Gegners, z. B. ein Vormund, oder ein von ihm ernannter Stellvertreter, vorhanden war, gegen welchen man sein Recht hätte verfolgen können, ja selbst darauf, daß nicht ein Freund des Gegners sich dazu verstand, den Rechtsstreit auf eigene Gefahr zu übernehmen, und daß man hierüber gehörigen Ortes angefragt hat [1]). Das Edict verordnet dieses ausdrücklich für die Fälle der fraglichen Art, die es speciell anführt [2]), und die römischen Rechtsgelehrten, die es wiederholen und erläutern [3]), heben es auch heraus für den einzigen Fall dieser Art, in welchem sie eine Restitution aus der allgemeinen Clausel für zulässig erklären, nämlich für den Fall, wenn der Gegner ein Kind, oder ein Geistesabwesender oder endlich eine Gemeinheit und deswegen einem Abwesenden gleichzustellen ist [4]).

In den wenigen Fällen zweitens, in welchen der Grund der Restitution nicht in der Unzugänglichkeit des Gegners und auch nicht in der Person des Berechtigten liegt, fand man es immer und mit Recht unbestreitbar, daß sie von der fraglichen Bedingung nicht abhängt.

Hieher gehören die beiden in dem Edicte speciell erwähnten Restitutionsfälle, wenn es wegen Mangels einer Obrigkeit, bei welcher die Klage angestellt werden konnte, oder wegen Unthätigkeit der damit angegangenen Obrigkeit zur Klagenverjährung, oder (in älterer Zeit) wegen Intercession einer andern

---

[1]) fr. 21. §. 2. 3. fr. 22. pr. D. h. t. (4, 6.). S. übrigens auch fr. 21. §. 3. eod. §. 1. 4. 5. J. de satisdat. (4, 11.).

[2]) fr. 1. §. 4. h. t. S. oben §. 4. Note 2.

[3]) S. Note 1. und fr. 26. §. 3. h. t.

[4]) fr. 22. §. 2. h. t.

Digitized by Google

Obrigkeit zu einer Verjährung gekommen ist [5]); ferner der auf der allgemeinen Clausel beruhende Restitutionsfall, wenn eine Servitut wegen eines Naturereignisses nicht ausgeübt werden konnte, und durch diese Nichtausübung das Recht selbst oder der possessorische Schutz desselben verloren gegangen ist [6]).

Nur in den Fällen, in welchen drittens der Grund der Restitution in der Abwesenheit des zu Restituirenden oder in einem sonstigen Hinderniß des Handelns in seiner Person liegt, ist es streitig, ob und wieweit dieselbe von der fraglichen Bedingung abhängt, und nur die so begränzte Streitfrage soll nun näher erörtert werden.

§. 12.

Wenden wir uns auch bei dieser Frage zuerst an das prätorische Edict selbst, wie es in Justinian's Pandekten sich findet, und dann an die sonstigen Ausprüche des Corpus iuris.

Aus dem Edict [1]) gehören zwei Stellen hieher, nämlich die Worte, wodurch die Restitution in bestimmten Fällen der fraglichen Art zugesagt wird, und dann die allgemeine Clausel, wodurch sie auch für andere Fälle zugesagt wird, in welchen ein gerechter Grund dazu sich herausstellen werde. Die allgemeine Clausel beschränkt sich zwar nicht auf Fälle der fraglichen Art, aber sie bezieht sich doch auch, und zwar hauptsächlich, auf solche Fälle [2]), und soweit sie sich auf sie bezieht, gehört sie hieher.

In der ersten Stelle [3]) ist von fünf verschiedenen Zustän-

---

[5]) fr. 1. §. 1. h. t. S. oben §. 4. Note 2. a. E. fr. 26. pr. §. 4—7. h. t.

[6]) fr. 34. §. 1. fr. 35. D. de serv. praed. rust. (8, 3.). fr. 14. pr. D. quemadm. serv. amitt. (8, 6.). fr. 1. §. 9. D. de itin. (43, 19.)

[1]) fr. 1. §. 1. h. t.

[2]) fr. 8. fr. 26. §. 1. 9. fr. 28. pr. §. 1. fr. 35. §. 1. fr. 40. §. 1. fr. 42. fr. 45. pr. h. t. (4, 6.) c. 1. 2. C. de uxorib. milit. (2, 52.).

[3]) S. oben §. 4. Note 1.

Digitized by Google

den des Berechtigten (Abwesenheit aus Furcht, Abwesenheit in Staatsangelegenheiten ohne arglistige Absicht, Gefängniß, faktische Sclaverei, feindliche Gefangenschaft) die Rede, und von jedem derselben wird ohne Hinzufügung einer Beschränkung gesagt: wenn während desselben ein Vermögensrecht verloren gehe, oder eine Klage verjähre, so solle innerhalb eines utilis annus (an dessen Stelle Justinian [4]) ein quadriennium continuum setzt) Restitution ertheilt werden. In der zweiten Stelle [5]) sind die hier in Betracht kommenden Worte: „Item siqua alia mihi iusta caussa esse videbitur."

In jenen fünf Fällen werden wir daher, da sich kein Grund zeigt von dem Resultat der grammatischen Interpretation abzugehen, nach der Interpretationsregel: lege non distinguente nec nostrum est distinguere, die Restitution, wenn es an keiner sonstigen Voraussetzung fehlt, zu gestatten haben, auch wenn ein Stellvertreter vorhanden war, der seinen Auftrag nicht ausführte, oder die Ernennung desselben aus Nachlässigkeit unterblieben ist. So oft es sich dagegen um Restitution aus der allgemeinen Clausel wegen Abwesenheit oder einer sonstigen Abhaltung in der Person des zu Restituirenden handelt, wird es dem Ermessen des competenten Gerichtes überlassen sein, ob auf faktische Umstände der angegebenen Art Rücksicht zu nehmen sei oder nicht; und zwar liegt der Gedanke sehr nahe, daß es etwa Fälle gebe, in welchen eben so viel Grund vorhanden ist, wie in den fünf im Edicte ausdrücklich genannten Fällen, die Restitution ohne solche Beschränkung zu ertheilen, und andere Fälle, in welchen man nur dann einen hinreichenden Grund zur Restitution annehmen kann, wenn kein Procurator vorhanden war, und dieses dem Abwesenden nicht zum Vorwurf zu machen ist.

---

[4]) c. 7. C. de temporib. in integrum restitutionis (2, 53.).

[5]) S. oben §. 4. Note 3.

Digitized by Google

§. 13.

Der angegebenen Auffassung des Edictes entspricht auch die Art, wie die klassischen Juristen in den einschlagenden Pandektenstellen, und wie die kaiserlichen Constitutionen die Sache behandeln.

Bei Durchgehung der fünf im Edicte genannten Fälle in den Pandekten [1]) ist nur einmal von einem Procurator die Rede. Von denjenigen nämlich, die sich in feindlicher Gefangenschaft befanden, und nachher durch postliminium wieder frei oder bei ihrem Tode von Römern beerbt wurden, sagt Ulpian [2]), ihnen oder ihren Erben sei die Restitution um so mehr Bedürfniß, als sie auch keinen Procurator haben können, während die übrigen genannten Personen, mit Ausnahme derjenigen, die faktisch in Sclaverei leben, einen haben können. Ulpian fügt noch hinzu: die Restitution sei seines Erachtens auch schon während der Gefangenschaft zu ertheilen, wenn ein Curator des Abwesenden vorhanden sei, der es verlange. Er unterscheidet dabei nicht solche Verluste, die schon vor Aufstellung des Curators und solche, die erst nachher sich ereignet haben, also durch den Curator hätten abgewendet werden können; und ebensowenig sagt er: in den übrigen Fällen cessire die Restitution, wenn in der fraglichen Zeit ein Procurator vorhanden gewesen, oder die Aufstellung eines solchen aus Nachlässigkeit unterblieben sei.

Da, wo Ulpian zu der Restitution aus der allgemeinen Clausel übergeht, d. h. in dem oben §. 1. wörtlich mitgetheilten fr. 26. §. 9. h. t., führt er vor Allem den Fall an, wenn der die Restitution Suchende in Angelegenheiten seiner Stadt verreist war. Er findet, hier verlange die Billigkeit die Restitution eben so, wie wenn er in Staatsangelegenheiten verreist gewesen wäre, und fügt hinzu, es sei sehr oft von Kaisern rescribirt

[1]) fr. 2. §. 1 — fr. 7. fr. 9. — fr. 17. pr. D. h. t. Nur von dem Reipublicae causa absens ist auch noch die Rede in fr. 32. 34. seq. eod.

[2]) fr. 15. pr. h. t.

Digitized by Google

worden, daß ein solcher zu restituiren sei, er möge einen Procurator gehabt haben oder nicht. Er führt dann weiter an, auch solche seien restituirt worden, welche „cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt," und zuletzt stellt er die allgemeine Regel auf, daß jeder zu restituiren sei, welcher nothwendig und nicht aus freiem Willen abwesend war. Aus dem Zusammenhang geht hervor, daß es auch hier auf die erwähnte Distinction nicht ankommen soll, obgleich dieses Ulpian nicht ausdrücklich sagt. Indessen macht er von der Regel, wenn man sie so versteht, offenbar eine Ausnahme bei dem Relegirten. In einer andern Stelle [3]) verneint er nämlich die Frage, ob dieser zu restituiren sei, aus dem Grunde, weil er einen Procurator zurücklassen könne; er fügt aber hinzu, auch dieser sei ex causa zu restituiren. Es liegt nun sehr nahe, dieses so zu verstehen, daß der Relegirte nur dann zu restituiren sei, wenn ihm in Beziehung auf Bestellung eines Procurators keine Nachlässigkeit zur Last falle, und er doch ein zu der fraglichen Restitution sich eignendes Recht verloren habe [4]).

Von demjenigen, was Ulpian in fr. 26. §. 9. h. t. von Fällen der nothwendigen Abwesenheit sagt, die in dem Edicte nicht ausdrücklich erwähnt sind, geht er zu Fällen der freiwilligen Abwesenheit über und sagt, auch in solchen Fällen müsse der Prätor, wenn absentiae causa probabilis sei, deliberiren, ob nicht Restitution zu ertheilen sei, wie z. B. Demjenigen, der seiner Studien wegen verreist und dessen Procurator etwa gestorben gewesen sei [5]). In Fällen dieser Art will also Ulpian darauf gesehen wissen, wie es mit der Stellvertretung steht, ohne jedoch eine bestimmte Regel anzugeben.

---

[3]) fr. 26. §. 1. h. t.

[4]) Dem Deportirten, der nachher begnadigt wird, gewährt Ulpian in fr. 40. §. 1. eod. in Beziehung auf Vermögensstücke, die nicht confiscirt waren, die Restitution ohne solche Bedingung.

[5]) fr. 28. pr. h. t.

Digitized by Google

§. 14.

Die Abwesenheit in Staatsangelegenheiten ist, wie schon oben erwähnt wurde, einer der fünf Zustände, welche denjenigen, die sich darin befanden, nach der ausdrücklichen Bestimmung des Edictes Anspruch auf die in Frage stehende Restitution geben. Es bedarf daher nun kaum noch einer Erwähnung, daß es bei der aus diesem Grunde zu ertheilenden Restitution sowohl nach dem Edicte, als nach der Art, wie die Pandekten in den bisher besprochenen Stellen sich über diesen Punkt äußern, nicht darauf ankommt, ob er einen Stellvertreter zurückgelassen hat, oder nicht.

Hiermit stände nun das im Eingange dieser Abhandlung mitgetheilte fr. 39 h. t. von Paulus in unauflösbarem Widerspruch, wenn diese Stelle wirklich, wie bisher alle Ausleger annehmen, von einem Falle zu verstehen wäre, in welchem der Restitution wegen Abwesenheit nichts entgegen steht, als die Existenz eines Procurators. Denn darüber ist man heut zu Tage einig, daß man die Stelle, ohne ihr Gewalt anzuthun, nicht von der Restitution gegen den Abwesenden verstehen darf, und unter den übrigen bisher gemachten Vereinigungversuchen ist keiner, der nicht entweder sich über die einschlagende Stelle des Edictes hinwegsetzt, oder auf eine mit den Regeln der Hermeneutik unvereinbare Restriction eines der beiden sich scheinbar widersprechenden Aussprüche von Paulus und Ulpian hinausläuft, oder endlich mit diesen beiden Fehlern zugleich behaftet ist.

Aller Widerspruch fällt aber hinweg, wenn man auf diejenigen Worte des fr. 39 gehörig Rücksicht nimmt, welche den Fall bezeichnen, die dasselbe betrifft.

Es handelt sich um einen Nachtheil, den der Abwesende dadurch erlitten hat, daß es an dem gehörigen defendi fehlte. Defendere im technisch juristischen Sinne ist aber nichts anders als Führung der Streitsache eines Beklagten oder Angeklagten [1]). Se defendere

[1]) H. E. Dirksen manuale latinitatis fontium iuris civ. Romanor. Berol. 1837, v. defendere §. 3. p. 255, v. defensio §. 2. p. 255—256, v. defensus §. 2. p. 256, v. indefensus p. 456.

Digitized by Google

sagt man von dem Beklagten, der seine Sache selbst führt, und alterum defendere sagt man von demjenigen, der anstatt des Beklagten [2]) den Proceß desselben führt [3]). Es handelt sich mithin um einen Nachtheil, den Jemand als Beklagter durch ein Urtheil erlitten hat, weil er, in Staatsangelegenheiten abwesend, nicht gehörig vertheidigt wurde.

Daß gegen einen solchen Nachtheil die Restitution wegen Abwesenheit für unzulässig erklärt wird, ist lediglich eine Consequenz desjenigen, was in dem ersten Theile dieser Abhandlung nachgewiesen wurde. Zwar wird die Existenz eines gehörigen Procurators in unserer Stelle als ein Punkt erwähnt, auf den es ankommt; aber durchaus nicht in dem Sinne, daß die Nichtexistenz eines Procurators die Restitution gegen das Urtheil zulässig mache, sondern, wie schon oben im §. 8 gezeigt wurde, nur in dem Sinne, daß, wenn er fehlt, das gegen den in Staatsangelegenheiten abwesenden Beklagten gefällte Urtheil nach fr. 54. pr. de re iud. nichtig, und folglich eine Restitution dagegen überflüssig ist.

Noch ist besonders herauszuheben, daß das fr. 54 und das fr. 39 aus demselben ersten Buche der Sententiae von Paulus

---

[2]) Nur der Herr, welcher servum suum defendit contra noxalem actionem, führt seinen eigenen Prozeß.

[3]) Zu den Beweisstellen gehören besonders auch die oben im §. 11. Note 51—54 citirten Stellen über die Restitution gegen Abwesende und sonst Unzugängliche, ferner die Stellen über die römische missio in bona rei servandae causa und endlich manche Stellen aus dem Pandektentitel de procuratoribus (3, 3.), namentlich solche, worin der Procurator des Beklagten technisch procurator ad defendendum genannt wird, wie fr. 8. §. 1. fr. 15. §. 1. fr. 42. §. 5., sodann die Stelle des prätorischen Edictes in fr. 33. §. 3. eod., wornach derjenige, welcher für einen Andern eine Klage anstellen will, sich auch auf eine Widerklage im Namen seines Principals einlassen muß, und welche so lautet: „Cuius nomine quis actionem dari „sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat," und die Stellen, die sich auf dieses Edict beziehen, wie fr. 33. §. 4. 5. fr. 34. fr. 35. pr. §. 2. 3. fr. 36—39. pr. §. 3. fr. 43. §. 2. 4. eod. S. auch c. 3. 5. C. eod. 2. 13.

Digitized by Google

genommen sind und offenbar zusammen ein Ganzes bilden, des Inhaltes: Bei einem Contumacialurtheil gegen einen Beklagten, der in Staatsangelegenheiten abwesend ist, kommt es darauf an, ob er einen Procurator zurückgelassen hat, durch den er hätte vertheidigt werden können, oder nicht: im letzten Falle ist es nichtig, im ersten ist es nicht nur gültig, sondern es kann dem Beklagten auch nicht durch in integrum restitutio geholfen werden [4]).

§. 15.

Es bleibt mir nun noch übrig die bisherigen Erklärungen des fr. 39 einzeln anzuführen und zu besprechen, die, wie schon herausgehoben wurde, das mit einander gemein haben, daß sie die Stelle von einem Falle verstehen, in welchem nur die Restitution zulässig sein würde, wenn es an einem Stellvertreter des Abwesenden fehlte, daß sie also die Stelle auf die Frage beziehen, ob und wann die Existenz eines Stellvertreters des Abwesenden ein Hinderniß für die Restitution sei.

Nachdem ich meine eigene Ansicht mit den Gründen, worauf sie beruht, vollständig dargelegt habe, kann ich in der Beleuchtung der bisherigen Ansichten ziemlich kurz sein.

1. Nach einer schon in der Accursischen Glosse besonders empfohlenen und von manchen spätern Schriftstellern, z. B. von Bartolus de Saxoferrato [1]), Duarenus [2]), Noodt [3]), Emminghaus [4]) und Hofacker [5]) adoptirten Ansicht ist das fr. 39 nicht von der Restitution des Abwesenden,

---

[4]) Aus diesem Grunde stellt denn auch Schulting in seiner Jurisprudentia vetus Antejustinianea diese beiden Stellen (mit fr. 45 de re iud.) zusammen in Pauli Sent. Rec. L. 1. Tit. 13. A. de iudicato.

[1]) Bei der Glosse zu fr. 39. D. quib. ex caus. maiores (4, 6.).

[2]) In tit. 52. Lib. 2. Cod. de uxorib. militum. Duareni opp. Francof. 1592 p. 126 et 127.

[3]) Comm. ad Pand. ad fr. 39. cit.

[4]) Ad Cocceji ius controv. IV, 6. qu. 2.

[5]) Princ. iur. rom. germ. §. 853.

Digitized by Google

sondern von der Restitution gegen den Abwesenden, überhaupt von der Restitution wegen Unzugänglichkeit des Gegners zu verstehen, von welcher das Edict, wie im §. 11 herausgehoben wurde, ausdrücklich sagt, sie solle nur zulässig sein, wenn sich für den Gegner kein Vertheidiger fand, welchen man hätte belangen können.

Diese Auslegung hat vor allen andern noch anzuführenden zwei Vorzüge; erstens den, daß sie die Worte: per quem defendi potuit, nicht übersieht, und auch nicht dem Zeitwort defendere eine Bedeutung beilegt, in welcher es nie vorkommt, und zweitens den, daß sie hinsichtlich der Frage, auf welche man das fr. 39 bisher allgemein bezog, zu keinem unrichtigen Resultat führt. Sie ist aber schon deswegen unbefriedigend, und wird in der neuesten Zeit allgemein verworfen, weil sie in der Stelle eine höchst ungewöhnliche und schlechte Wortfügung voraussetzt. Daß sie die Parallelstellen von Paulus und Macer unberücksichtigt läßt, brauche ich kaum zu erwähnen.

§. 16.

Die übrigen bisher gegebenen Erklärungen des fr. 39 haben mit der meinigen alle das gemein, daß sie es auf die Restitution des Abwesenden beziehen, und weichen von ihr alle darin ab, daß nach ihnen die Worte: per quem defendi potuit, und in der Parallelstelle von Macer die Worte: qui per procuratores suos defensi sunt, von der Vertretung eines Abwesenden überhaupt und nicht blos von der Vertheidigung eines abwesenden Beklagten zu verstehen sind. Es mag hier schon herausgehoben werden, daß dieses entschieden gegen den römischen Sprachgebrauch ist. Der Ausdruck defendere hat neben der von mir bei der Auslegung des fr. 39 festgehaltenen juristisch-technischen Bedeutung noch einige andere Bedeutungen, aber die vage Bedeutung vertreten, in welcher eben so gut gesagt werden könnte: defendere actorem, als: defendere reum, kommt

Digitized by Google

bei Brissonius und Dirksen nicht vor, und es wird sich auch nicht nachweisen lassen, daß sie dort mit Unrecht ausgelassen sei.

Nach dieser allgemeinen Bemerkung über alle noch nicht von mir angeführten bisherigen Ansichten sollen sie nun unter sieben weiteren Nummern einzeln besprochen werden, und zwar unter den ersten sechs weitern Nummern diejenigen, die schon in der Accursischen Glosse vorkommen, nebst den Modificationen, mit welchen einige derselben von späteren Schriftstellern angenommen wurden.

§. 17.

2. Nach einer in der Glosse erwähnten Ansicht ist fr. 26. §. 9 h. t. mit dem fr. 39 dadurch in Einklang zu bringen, daß man die erste Stelle von dem Falle versteht, wenn der Abwesende keinen Procurator hat. Wie aber die Worte: sive habuit procuratorem sive non, auf diese Weise ausgelegt werden können, darüber äußert sich die Glosse nicht. Daß diese Auslegung sich über das Edict hinweg setzt und auf andere Parallelstellen des fr. 39 keine Rücksicht nimmt, braucht wohl kaum erwähnt zu werden.

3. Nach einer weiteren Ansicht gäbe das fr. 26. §. 9 den Gesandten ein größeres Recht, als andern in Staatsangelegenheiten abwesenden Personen in dem fr. 39 eingeräumt sei. Für diese Behauptung wird angeführt, ein Gesandter könne während der Dauer seiner Sendung nach fr. 2 §. 3. de iudiciis (5. 1.) gar nicht belangt werden.

Ob aus diesem angeblichen Privileg der Gesandten jenes sich von selbst ergeben soll, oder ob nur auf die besonders bevorzugte Stellung eines Gesandten aufmerksam gemacht werden soll, damit es erklärlich sei, daß derselbe auch hinsichtlich der Restitution mehr bevorzugt sei als andere in Staatsangelegenheiten abwesende Personen, darüber spricht die Glosse sich nicht aus. Das Erstere wäre offenbar unrichtig. Wahrscheinlich soll auch nur das Letztere behauptet werden. Allein die citirte Stelle

Digitized by Google

gewährt den Gesandten das behauptete ungeheuere Privilegium durchaus nicht, es spricht vielmehr nur von dem ius revocandi domum, welches Gesandte und gewisse andere Personen unter gewissen Voraussetzungen haben, wenn sie außer ihrer Heimath an dem Orte ihres gegenwärtigen Aufenthaltes mit Klagen belangt werden. Jedenfalls geht diese Ansicht über das Edict hinweg, sie legt in das fr. 39 eine Distinction, die es den Worten nach nicht enthält, und endlich steht ihr entgegen, daß das fr. 26. §. 9 offenbar nicht die Aufgabe hat, von Vorzügen der Gesandten des Staates vor andern in Staatsangelegenheiten abwesenden Personen zu sprechen, sondern nur von der Gleichstellung gewisser andern Personen mit denen, die in Staatsangelegenheiten abwesend sind.

4. Eine Auslegung, welche Accursius neben der unter 1 im §. 15. vorgetragenen empfiehlt, ist die, wonach fr. 26. §. 9. h. t. nur von der Restitution gegen Versäumung der Appellation zu verstehen sei. Auch sie setzt sich nicht nur über das Edict hinweg, sondern beschränkt auch den Inhalt des fr. 26. §. 9 auf eine ganz willkührliche unzulässige Weise. So erklärt es sich denn leicht, daß sie eben so wenig von irgend einem späteren Schriftsteller adoptirt wurde als die unter 2 oder die unter 3 vorgetragene Erklärung.

§. 18.

5. Ein von Accursius ohne besondere Empfehlung vorgeschlagener, aber von späteren Schriftstellern seit Anton Faber [1])

---

[1]) Rational. ad fr. 26. §. 9. h. t. An einer anderen Stelle dieses Werkes, nämlich ad fr. 39. h. t., wo Faber sich gegen die Meinung erklärt, daß dieses Fragment von der Restitution gegen die Abwesenden zu verstehen sei, beruft er sich allerdings auf fr. 54. pr. de iud. von Paulus und auf fr. 8. de in int. rest. von Macer, bei welchen er nicht übersieht, daß sie nur von gerichtlichen Urtheilen und mithin nur von gerichtlichen Vertretern handeln. Dieß veranlaßt ihn aber nicht, seine zu

Digitized by Google

besonders häufig angenommener [2]) Vereinigungsversuch besteht darin, daß das fr. 39. nur von dem Falle verstanden wird, wenn der Abwesende seinen Regreß gegen seinen Procurator mit Erfolg nehmen kann, und das fr. 26 §. 9 nur von dem Falle, wenn er dieses nicht kann. Auch er findet aber in neuerer Zeit keinen Beifall mehr, weil er zu auffallend gegen die Regel verstößt: lege non distinguente nec nostrum est distinguere, nicht blos bei dem Edicte, über welches auch die Vertheidiger anderer Ansichten sich hinausseßen, sondern auch bei dem fr. 26. §. 9. und bei dem fr. 39.

6. Auch die von Accursius nicht besomders empfohlene Ansicht, wornach in dem fr. 56. §. 9. h. t. derjenige, der eine Mission von seiner Vaterstadt erhält, mehr begünstigt sei, als nach fr. 39 derjenige, der eine solche von dem Staate erhält, fand später einen Vertheidiger und zwar in Cujacius [3]), der sich auf den Byzantiner Theodorus Hermapolites beruft und behauptet, in dem ersten Falle, wo gerade die städtischen Mitbürger, die den Abwesenden zu ihrem Vertreter gewählt haben, von seiner durch diese Wahl herbeigeführten Abwesenheit zu seinem Schaden Vortheil ziehen wollen, sei noch ein besonderer Grund der Restitution vorhanden, der in dem zweiten Falle nicht eintrete, in welchem der Abwesende nicht von seinen Mitbürgern, sondern von dem Staatsoberhaupte geschickt sei.

Diese Ansicht setzt sich, wie die meisten andern, über das Edict hinaus, und hat das gegen sich, was im §. 16 im All-

---

fr. 26. §. 9. gegebene Erklärung, auf welche er hier verweist, zu modificiren und eine so complicirte Ansicht auszusprechen, wie Burchardi a. a. O. S. 172 sie ihm zuschreibt.

[2]) Bachov de actionib. Disp. III. thes. 28. Voet comm. ad Pand. IV, 6. §. 4. Perez ad Cod. II, 54. Nr. 6. Westenberg princ. iur. sec. ord. Dig. IV, 6. §. 18. Hellfeld iurisprud. forens. IV, 6. §. 468. Glück Comment. B. 6. S. 28. A. Schultingii not. ad Dig. ed. Smallenburg, Lugd. Bat. 1834. Vol. 1. p. 578.

[3]) Observ. XIX, 14.

Digitized by Google

gemeinen bemerkt wurde. Dabei beruht sie auf einer unrichtigen Abfassung des fr. 26 §. 9 h. t. Ulpian's Aufgabe bei Auffassung dieser Stelle war zunächst nur, Fälle aufzuzählen, welche auf den Grund der allgemeinen Clausel den im Edicte speciell genannten Fällen, zu denen der der Abwesenheit in Staatsangelegenheiten gehört, ganz oder theilweise gleichzustellen sind. Dabei hatte er hin und wieder auch Autoritäten für einzelne Gleichstellungen dieser Art anzuführen, z. B. kaiserliche Rescripte. Wäre er in der Lage gewesen, von einem oder dem andern Falle sagen zu müssen, derselbe sei nach kaiserlichen Rescripten noch mehr zu begünstigen, als die im Edicte speciell genannten ähnlichen Fälle, dann hätte er dieses deutlich gesagt. Mit den Worten: sive habuit procuratorem sive non, sagt er dieses jedenfalls nicht deutlich, weil ja auch das Edict, indem es den in ähnlicher Lage befindlichen speciell genannten Personen Restitution zusagt, nicht die Bedingung beifügt: wenn sie keinen Procurator haben. Er hätte, wenn dies eine Bevorzugung wäre, noch hinzufügen müssen, daß es in den im Edicte speciell genannten Fällen aus dem und dem Grunde anders sei, obgleich das Edict selbst dieses nicht sage. Er hätte ferner, wenn der Vorzug nur dem Vertreter einer Stadt zukäme, herausheben müssen, daß die übrigen Personen ihn nicht haben, die er neben diesem als solche aufführt, welche aus der allgemeinen Clausel zu restituiren seien. Auch schon deswegen ist die Cujacische Erklärung unbefriedigend, weil sie keine allgemeine Regeln aufstellt, sondern sich nur über die zwei Fälle der Abwesenheit in Staatsangelegenheiten und in Gemeindeangelegenheiten ausspricht *).

*) Hier wird es passend sein, zu erwähnen, wie v. Vangerow in seinem Lehrbuch der Pandekten 6. Aufl. §. 188. Anm. 3. (B. 1. S. 375.) sich über unsere Streitfrage äußert. Er trennt die beiden Fragen: ob der Mangel eines Vertreters ein Hinderniß der Restitution des Abwesenden sei, und ob der Abwesende, welcher einen Vertreter hat und dennoch Schaden litt, auf Restitution Anspruch machen könne. Ueber die erste Frage spricht er sich im Wesentlichen im Sinne der gegenwärtigen Abhandlung (§. 12 u. 13.) aus,

Digitized by Google

§. 19.

7. Auch die Ansicht findet sich in der Glosse: Paulus erkläre im fr. 39 nur die Restitution aus der specialis clausula Edicti in dem Falle der Zurücklassung eines Procurators für unzulässig, während Ulpian im fr. 26. §. 9. dieselbe ex generali clausula für zulässig erkläre.

Aehnlich drückt sich, ohne besondere Bezugnahme auf die Glosse, Samuel v. Cocceji [1]) aus, welcher jedoch heraushebt, daß im Falle der Existenz eines Procurators die Restitution nur zu gestatten sei, wenn die Billigkeit dieses verlange.

Diesen Schriftsteller nun, welchem die Glosse auf die angegebene Weise vorausgegangen sei, findet Burchardi [2]) auf dem rechten Wege, der jedoch seine eigene Ansicht deutlicher ausspricht, als diese älteren Ansichten ausgesprochen wurden.

Burchardi nimmt an: Paulus, der in seine Sententiae planmäßig nur unbestrittene Sätze aufnehme, wolle in dem fr. 39 nur die unbezweifelte Auslegung des Edictes über die in integrum restitutio ex speciali causa wieder geben, die dahin gehe, daß da, wo ein gehöriger Procurator vorhanden war, der Abwesende nicht zu restituiren sei, eine Auslegung, die wohl durch die Art, wie das Edict sich über die Restitution gegen

jedoch ohne besondere Rücksicht auf den Fall eines gerichtlichen Urtheils und auf fr. 54. pr. de re iud. zu nehmen. Ueber die zweite Frage äußert er sich, wiewohl ohne Angabe von Gründen, auf eine Weise, aus welcher hervorgeht, daß er durch keinen der bisherigen Versuche zur Vereinigung der anscheinend widersprechenden Stellen befriedigt ist, und daß er sich zu einer Ansicht hinneigt, die mit der von Cujacius einige Aehnlichkeit hat, nämlich zu der Ansicht: fr. 39. h. t. und fr. 8. de in int. rest. enthalten singuläre Ausnahmen zu Gunsten der legati civitatum und der versäumten Appellation. Als den wichtigsten Unterschied zwischen dieser Ansicht und der des Cujacius sehe ich den an, daß die neue Ansicht eine Regel aufstellt, während Cujacius nur die Fälle im Auge hat, von welchen die anscheinend widersprechenden Stellen handeln.

[1]) Jus controvers. IV, 6. qu. 2.

[2]) A. a. O. S. 173 folg.

Digitized by Google

Abwesende ausspricht, veranlaßt sein möge. Ulpian dagegen rede im fr. 26. §. 9 von der Anwendung des Edictes im wirklichen Leben, und folgere aus den Rescripten, die in einzelnen Fällen über die Restitution der legati civitatum erlassen worden, eine neue mildere Regel; und wenn er darin vielleicht über den Sinn der erlassenen Rescripte hinausgehe, so bezeuge einige Zeit nachher Aemilius Macer in fr. 8. de in int. rest. (4. 1.), daß nun diese Regel wirklich in Uebung sei, und dieses neuere Recht müsse vor dem älteren den Vorzug haben [3]).

Das praktische Resultat, zu welchem Burchardi gelangt, ist (abgesehen von dem wichtigen oben unter I. besprochenen Punkte) dasselbe, zu welchem auch meine Deduction führt. Der Weg aber, auf welchem er zu diesem Ziele kommt, ist ganz verschieden von demjenigen, den ich für den allein richtigen halte.

Ich begnüge mich hier, daran zu erinnern, daß nach meiner Deduction das Edict in der fraglichen Hinsicht schon mild ist,

---

[3]) Diese Auffassung ist es auch, zu welcher v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts, B. 7. §. 327 sich am meisten hinneigt. Nachdem er nämlich S. 177 u. 178. die oben unter 1 u. 6. besprochenen Ansichten verworfen, sodann S. 178 u. 179. die besonderen Aussprüche der Pandekten über die Fälle der Kriegsgefangenschaft, der Relegation und des gerichtlichen Urtheils besprochen, auch S. 178. herausgehoben hat, daß er in den einzelnen Aeußerungen der Pandekten ein gewisses „Schwanken", „aber auch ein „entschiedenes Hinneigen zu einer fortschreitend milderen Behandlung" finde, sagt er S. 180.: „Die neueren Schriftsteller haben die für diese Streit„frage dargestellten Schwierigkeiten in der Erklärung der Rechtsquellen durch „mancherlei Unterscheidungen zu heben versucht, welche ich nicht als befriedi„gend anerkennen kann. Dahin gehört die Unterscheidung zwischen löblicher „und unlöblicher Abwesenheit, ...; ferner zwischen der Zahlungsfähig„keit und Unfähigkeit des Procurators, wovon aber in den Quellen selbst „keine Spur zu finden ist; endlich zwischen dem strengen älteren und dem „milden neueren Recht, welche Unterscheidung vielleicht der Wahrheit am „nächsten kommen möchte." Die neueren Schriftsteller, die er anführt, sind: Glück, Schulting und Burchardi. Noch fügt er hinzu: „Auch die „Behandlung dieser zweiten Streitfrage steht, ..., in Verbindung mit „der schon oben bemerkten Willkührlichkeit des ganzen Rechtsinstituts."

Digitized by Google

daß daſſelbe auch in keiner Pandectenſtelle härter, als es iſt, aufgefaßt wird, und daß die Rechtsgelehrten in den in die Pandekten aufgenommenen Stellen das Edict nur auslegen, und beſonders darauf aufmerkſam machen, wie ſolche Fälle, auf welche die allgemeine Clauſel zu beziehen iſt, auch in dieſer Hinſicht nach dem Geiſte des Edictes, dem auch die angeführten kaiſerlichen Reſcripte folgen, behandelt und den im Edicte ſpeciell genannten Fällen ganz oder theilweiſe gleichgeſtellt werden müſſen.

§. 20.

8. Eine in der Gloſſe noch nicht vorkommende und ſelbſt von den neueſten Schriftſtellern meiſtens [1]) ignorirte Anſicht iſt diejenige, welche v. Wening-Ingenheim [2]) unter Berufung auf Dompiere de Jonquiere [3]) vorträgt. Er bezieht nämlich das fr. 39 nur auf die Reſtitution gegen eine res iudicata [4]) und findet demnach in dieſer Stelle nur eine Ausnahme von der Regel, die nach ſeiner Auffaſſung aus fr. 26. §. 9 hervorgeht, von der Regel nämlich, daß dem Anſpruche auf Reſtitution wegen eigener Abweſenheit die Zurücklaſſung eines Procurators nicht im Wege ſtehe.

---

[1]) Schulting-Smallenburg und Glück erwähnen die Anſicht von Dompierre, die ſie ſo auffaſſen, wie Wening, aber ohne ihr beizutreten, ſ. oben §. 18. Note 2. Burchardi ſchreibt ſchon dem A. Faber eine ähnliche, aber nicht dieſelbe Anſicht zu, und ſcheint Schulting und Dompierre als Anhänger derſelben anzuſehen, ſ. oben §. 19. Note 2.

[2]) Gemeines Civilrecht §. 557. (Buch 6. §. 19.) Note x.

[3]) Specimen de rest. in integrum. Lugd. Bat. 1767. §. 13. Ich bedauere, daß ich dieſes Werk nicht einzuſehen im Stande war.

[4]) Ohne zu erwähnen, daß dieſe Anſicht aufgeſtellt worden ſei, ſagt v. Savigny a. a. O. S. 179. Note 8. bei Gelegenheit der Erwähnung des fr. 8. de in integr. rest.: „Wäre es geſtattet, die .... angeführte „Stelle des Paulus auf den Fall eines rechtskräftigen Urtheils zu beſchränken (wovon jedoch die Stelle ſelbſt keine Spur enthält), ſo würde der oben „dargeſtellte Widerſpruch der Stellen verſchwinden; und dieſe ganze Streitfrage erhielte eine einfachere Geſtalt."

Digitized by Google

Diese Auslegung des fr. 39 kommt der in der gegenwärtigen Abhandlung durchgeführten näher als jede andere der bisherigen Auffassungen. Sie unterscheidet sich von ihr zunächst dadurch, daß sie die Stelle nicht blos von der Restitution des Beklagten, sondern auch von der des Klägers gegen ein ihm nachtheiliges Urtheil versteht. Damit und mit der Nichtberücksichtigung des fr. 54. pr. de re iudicata (42. 1.) hängt es denn zusammen, daß Wening den Inhalt des fr. 39 als eine Ausnahme von der Regel ansieht: eine Auffassung, die nicht befriedigen kann, weil sich eine solche Ausnahme nicht aus dem Edicte ergibt, und weil das fr. 39 auch nicht sagt, sie sei durch eine spätere Vorschrift eingeführt worden.

Digitized by Google

IV.

Zur Praxis der Lehre vom Beweise durch Sachverständige im Civilprozesse.

Aus der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts in Darmstadt.

Von dem

Hrn. Adv. Bopp in Darmstadt.

Ein geistreicher und scharfsinniger Lehrer des Rechts, zu dessen zahlreichen Schülern auch ich zu gehören die Genugthuung hatte, K. S. Zachariä, gedenkt im vierten Band der zweiten und neuesten Auflage seines meisterhaftesten Werkes: Vierzig Bücher vom Staat, S. 67 des prozeßrechtlichen Instituts der Sachverständigen, und meint (mit Gönner in seinem Handbuch des Prozesses, Band 2, S. 277, 278), daß das Gutachten derselben „seinem Wesen nach ein Beweismittel nicht sei." Indessen beharrt die Doctrin, die eigentliche Mutter der Lehre vom Beweise durch Sachverständige, und die Gesetzgebung dabei, es sei ein Beweismittel [1]).

[1]) Brackenhoeft: Der Platz der Sachverständigen im civilproceſſualiſchen Streite (S. 111 ꝛc. des 12. Bandes der N. F. der Zeitſchr. f. Civilrecht und Prozeß).

Digitized by Google

Als die Zeit des geschriebenen Rechts herankam, beschäftigte sich auch die hessische Rechtsgesetzgebung vielfach mit der Bildung des Civilprozeßrechts. — Die Gerichtsordnung des Landgrafen Wilhelm III. v. J. 1497. — Die Hofgerichtsordnung des Landgrafen Philipp II. des Mittleren v. J. 1500. — Die vom Landgrafen Philipp dem Großmüthigen vermehrte Marburgische Hofgerichtsordnung v. J. 1524, u. s. w. Aber selbst noch die „erneuerte und verbesserte Marburgische Sammt-Hofgerichts-Ordnung" v. J. 1667 (dieses Hofgericht war ein den beiden hessischen Landen gemeinsamer Gerichtshof) schweigt, während sie im Titel XIV. ausführlich „von Einbringung und Vollführung des Beweisthums" und vom Beweis durch Zeugen, Urkunden ꝛc. handelt, vom Beweis durch Sachverständige. Das Gleiche gilt von der Geschichte der Praxis. So gedenkt die im Jahr 1667 erschienene Schrift von Malcomesius: Observationes practicae fori-hassiaci (Aufzeichnungen zur Beurkundung der Rechtsübung in der Landgrafschaft Hessen-Darmstadt) in ihrer ersten den Civilprozeß angehenden Abtheilung (classis) nur des Beweises durch Urkunden, Zeugen, richterlichen Augenschein und Eid [1]). Erst die vom Landgrafen Ernst Ludwig im Jahr 1724 erlassene „Ordnung, wie es in den Unter- und Obergerichten mit denen Rechtfertigungen und Appellationen gehalten werden solle" (ein Gesetz, welches keineswegs eine umfassende Civilprozeßordnung ist, sondern „einstweilen nur einige derer nöthigsten Punkten" ins Auge

[1]) Noch das so bemerkenswerthe Werk von Ludovici: Einleitung zum Civilproceß, dessen erste Auflage im Jahr 1707 erschien, gedenkt, auch in der zwölften, von Schlitte besorgten, im Jahr 1750 erschienenen Auflage, nur dieser Beweismittel. Blos nebenbei heißt es einmal im Capitel XXII, welches vom Beweise durch Augenschein handelt, §. 7: „Man gebrauchet sich auch, nach Gelegenheit der Umstände, gewisser Feldmesser, auch wohl eines Malers, welcher den Abriß machen muß, und diese, wenn sie nicht schon in Eid und Pflicht stehen, werden jederzeit deshalb in Eid und Pflicht genommen." Und doch war schon im Jahr 1687 die Schrift von Struv: De testimonio peritorum erschienen.

Digitized by Google

gefaßt hat, gedenkt im zweiten Theil (Verfahren bei den Mittelgerichten) Tit. V.: Wie und welchergestalt der Beweis geführt und damit verfahren werden soll, §. 12 des Beweises durch Sachverständige:

„Würde nach Beschaffenheit der Sach, den Beweis per peritos artis, aestimatores, vel taxatores zu führen, von einem und dem andern Theil nöthig befunden, so haben beide Theile einige der Sachen verständige Männer unsern Regierungen (zugleich Mittelgerichte) vorzuschlagen, diese aber daraus die benöthigte, jedoch, zur Vermeidung votorum parium in ungleicher Zahl, zu erwählen, mithin nach Befinden den tertium oder quintum ex officio beizugeben, welche dann, wenn sie in wichtigen Dingen zuvor darüber beeydiget worden, sobald es nur immer möglich, in rem praesentem gehen und in beyder litigirenden Theilen Gegenwart den Augenschein annehmen, ihre Erkandtnus, Aestimation oder Taxation aber nachmals unter ihrer aller eigenhändigen Unterschrift gegen Zahlung der Gebühr an unsere Regierungen verschlossen einschicken sollen."

Auch die nach einem Jahrhundert unter dem Minister von Grolman, dem Verfasser der in fünf Auflagen erschienenen „Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bügerlichen Rechtsstreitigkeiten," in Angriff genommene aber nicht zu Stande gekommene Civilprozeß-Ordnung handelte von dem Verfahren, wenn „der Beweis durch Berufung auf ein Gutachten Sachverständiger angetreten worden." Ebenso hat der im Jahr 1857 der Ständeversammlung vorgelegte „Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten," welcher nur für die beiden Provinzen diesseits des Rheins berechnet ist, im Titel XXV den Beweis durch Sachverständige normirt (Art. 550—568.)

Sonach war und ist, bis die Frage entschieden wird, ob es zu dieser neuen Prozeßgebung kommt, der Richter im Ganzen auf die Doctrin des gemeinen Civilprozesses auch bezüglich dieses Beweismittels und des Verfahrens im Fall der Antretung des Beweises durch dasselbe, hingewiesen. An Anlaß, aus dieser

Digitized by Google

Erkenntnißquelle schöpfen zu müssen, fehlte es nicht. Irre ich nicht, so gewährt der Ueberblick dieser Praxis manches wissenschaftliche Interesse. Aus denselben Gründen, welche dazu auffordern, solche Beobachtungen zu fesseln, erlaube ich mir, einige oberstrichterliche Erkenntnisse, welche dem Gebiete der Lehre vom Beweise durch Sachverständige angehören, mitzutheilen [1]), indem ich mir vorbehalte, in einem zweiten Beitrage weitere Erscheinungen der Art vorzuführen. So viel ich bemerkt habe, ist die Literatur der Lehre vom Beweise durch Sachverständige gerade in Bezug auf Darlegung der Praxis, die überhaupt berufen ist, der Doctrin zu dienen, um von ihr bedient zu werden, nichts weniger, als reich ausgestattet.

Uebersicht: I. Wiederholte Einholung einer Expertise. II. Beweis zum ewigen Gedächtnisse durch Sachverständige. III. Verwerfung eines Sachverständigen. IV. Befugniß zur Heranziehung weiterer Urkunden zum Zwecke der Vergleichung nach Ablauf der Frist zum Beweise der Aechtheit einer Urkunde durch Schriftvergleichung. Befugniß zur Ernennung eines andern Experten nach Ablauf dieser Frist, wenn der innerhalb derselben benannte als inhabil verworfen wurde. V. Collision der Gutachten der Sachverständigen. Wiederholung der Expertise. Illiquidität der Einrede gegen die Habilität des Sachverständigen.

I. Wiederholte Einholung einer Expertise.

Das oberste Gericht hatte sich im Laufe der Jahre mehrmals mit der Frage zu beschäftigen, ob wiederholt zur Begutachtung durch Sachverständige zu schreiten sei [2])? Ein Erkenntniß aus dem Jahr 1826 in Sachen der Freiherrn v. Löw zu Steinfurt gegen die Gemeinde Florstadt wegen Entschädigung für Viehweide (Höpfner war Referent) wurde von der Betrachtung dictirt,

[1]) Zugleich Hindeutung auf die Praxis anderer oberster Gerichtshöfe, so weit die Literatur dazu in den Stand setzte.

[2]) Nach bayerischen Prozeßrecht ist nur eine einmalige Wiederholung statthaft. v. Wendt, Handbuch des bayerischen Civilprozesses, 2. Ausg. Bd. 1, 1835, §. 12.

Digitized by Google

daß eine wiederholte Expertise unstatthaft sei, wenn beide Theile auf einen Ausspruch der Sachverständigen förmlich compromittirt hätten oder sie als Beweismittel und nicht als Gehülfe des Richters zum Zweck der Ermittelung einer Thatsache erschienen, jedenfalls dann nicht zugestanden werden könne, wenn der darauf antragende Theil keine erhebliche Gründe gegen den Gehalt des abgegebenen Gutachtens anzugeben wisse.

In Sachen der Kirchenadministration zu Beerfelden gegen die Wittwe des Maurers Prettig zu Neustadt handelte es sich von der Abschätzung von Maurerarbeiten. Gegen das Gutachten der Experten sprach sich eine von zwei Mitgliedern des Ober-Baurathes ausgegangne Berechnung aus. Das im Jahr 1827 erlassene Erkenntniß ging nach Grolman: Theorie des Civilprozesses §. 84 davon aus, daß das Gutachten weiterer Sachverständigen einzuholen sei, wenn ein Privatgutachten sich abweichend ausspricht.

In der Rechtssache: Friseur Nitsert in Darmstadt, Kläger, gegen Spenglermeister Wilhelm daselbst wegen des Eigenthums der Mauer zwischen den Nachbarhäusern derselben wurde von dem ernannten Kunstverständigen nach vorausgegangenem Augenschein ein Gutachten abgegeben, worauf der Beklagte, sich auf den Ausspruch zweier Bauverständigen stützend, auf Einholung eines anderweiten Gutachtens antrug. Das oberste Gericht gab auch diesem Antrag Folge (1824), indem es das Votum des Correferenten adoptirte, welcher davon ausging, daß der Richter dann einem solchen Antrag stattgeben müsse, wenn sich entweder Dunkelheiten in dem Gutachten fänden, oder die Meinungen von einander abwichen.

In einer Rechtssache zwischen den Erbbeständern in Haßloch, Kläger, gegen den Gr. Cameralfiscus, Beklagten, Entschädigung wegen Nichterfüllung eines Vertrags und Entziehung des Weiderechts betr., handelte es sich auch um die Frage, ob nach Erstattung eines in gesetzlicher Form von Experten ausgestellten Gutachtens eine nochmalige Begutachtung zulässig sei? Der Beklagte hatte

Digitized by Google

bei dem Gericht erster Instanz, unter Beibringung des Gutachtens eines Technikers, des Oekonomieraths N., welcher das Parere der Sachverständigen einer Critik unterworfen und nachzuzeigen versucht hatte, daß dasselbe auf ganz falscher Grundlage beruhe, darauf angetragen, daß einer nochmaligen Begutachtung Raum gegeben werde. Nach Verhandlung darüber verwarf das Gericht erster Instanz (Mittelgericht) den Antrag. Auf Berufung des Beklagten reformirte das höchste Gericht unterm 22. October 1835 dahin: daß dem Antrag desselben auf eine Wiederholung der fraglichen Expertise durch andere von den Parthieen und dem Gericht zu ernennende Sachverständige allerdings stattzugeben, dieselbe daher vom judicio a quo rechtlicher Ordnung nach einzuleiten und zu dem Ende zwar die bereits entworfene Instruction auch für die neuen Experten beizubehalten, diesen jedoch sowohl das von den früheren Sachverständigen, als auch das vom Oekonomierath N. ausgestellte Gutachten, sowie die in voriger Instanz gewechselten Schriften, deßgleichen aus der gegenwärtigen Instanz der Gravatoriallibell und die darauf appellatischer Seits eingereichte Erklärung zur Einsicht und Notiz mitzutheilen — sei. Das Tribunal adoptirte das Votum der Referenten. Referent hob hervor, die Absicht des Beklagten bei Benutzung des Gutachtens des Oekonomieraths N. sei nicht darauf gerichtet gewesen, daß nach dem Ergebnisse der in demselben entwickelten landwirthschaftlichen Grundsätze der Betrag der den Klägern gebührenden Entschädigung als ermittelt angesehen und hiernach erkannt werden sollte; dem Richter sollte nur bescheinigt werden, daß sich die Sache von einem andern mehr wissenschaftlichen Standpunkt aus beurtheilen lasse, um ihn zu veranlassen, sie nochmals beleuchten zu lassen; eines förmlichen Beweises der Wahrheit der aus den factischen Zuständen gezogenen Folgerungen bedürfte es nicht; es genügte, dem Richter den Zweifel nahe zu legen, ob das erstattete Gutachten der Experten begründet sei. Der vorliegende Fall stelle sich den Fällen zur Seite, in denen das Tribunal eine nochmalige Begutachtung zulasse.

Digitized by Google

Correferent bekannte ſich zur Doctrin der Rechtslehrer, welche ſich dafür entſchieden hätten, daß die Wiederholung einer in geſetzlicher Form vorgenommenen Expertiſe, namentlich durch andere Sachverſtändige, dann verlangt werden könne, wenn gegen die Richtigkeit des Ausſpruchs der Experten, reſp. die Haltbarkeit und Zulänglichkeit ihrer Gründe erhebliche Zweifel gerichtet werden könnten.

Puchta: Betrachtungen über den Beweis durch Augenſchein und Sachverſtändige und über das Verfahren bei deſſen Aufnahme (Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Band 3 Nr. III) S. 52, 68. [1])

Daß ein ſolches Verlangen in dem gegebenen Fall begründet ſei, habe Beklagter nachgewieſen.

Auf Anlaß dieſes Rechtsfalles erhob das Tribunal den Satz zum Präjudiz: „Die Wiederholung einer zum Zweck der Beweisführung der Parthieen ſtattgefundenen Expertiſe, namentlich

---

[1]) Vergl. noch v. Ende: Juriſtiſche Abhandlungen, Th. 1, 1802, Nr. II: Können Schätzungen durch Achtsleute wiederholt werden? v. Globig: Theorie der Wahrſcheinlichkeiten, Th. 2, 1806, S. 215 ꝛc. Seeger: Das Verfahren mit Sachverſtändigen in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten Stuttg. 1841, XI: Von der Geltung der Ausſprüche der Sachverſtändigen, §. 75—78. Walther: Zur Lehre vom ſogenannten Beweis durch Kunſt- und Sachverſtändige (Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 26) S. 281. Heimbach im Artikel: Sachverſtändige, Bd. 9 des Rechtslexicons, Leipz. 1855, S. 561. Schneider: Lehre vom rechtlichen Beweiſe in bürgerlichen Rechtsſachen. Neu herausgegeben von C. Hofmann. Gieß. 1842, §. 194, S. 128. Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß. 8. Aufl. Münch. 1856, S. 831, wo der Verfaſſer bemerkt, es ſcheine am meiſten dem gemeinen Recht zu entſprechen, wenn man in der Regel ein in gehöriger Form abgegebenes Gutachten als bindend erkläre und nur dann eine Reviſion des Gutachtens zulaſſe, wenn es entweder undeutlich ſei, oder ſo erhebliche Bedenken gegen deſſen innere Glaubwürdigkeit erhoben würden, daß ſich der Richter ſelbſt nicht bei demſelben beruhigen zu können glaube. Wagner: Grundzüge der Gerichtsverfaſſ. und des unterger. Verfahrens in Kurheſſen, 3. Ausg. 1843, §. 449, S. 364. Flach: Erläuterungen zum Prozeßgeſetze des Herz. Naſſau, 1837, S. 79, 80.

Digitized by Google

durch andere Sachverständige, ist nur im Falle der Nachweisung erheblicher formeller oder materieller Mängel der früheren Begutachtung, resp. Taxation, zulässig."

Uebereinstimmend die Praxis des Oberappell. Ger. in Celle nach dem Zeugnisse von Hagemann: Praktische Erörterungen, Band 4, Nr. 12, sowie des Ober-Tribunals in Stuttgart (Monatschrift für die Justizpflege in Würtemberg, Band 2, S. 463, 464), des Oberhofgerichts in Mannheim nach der Mittheilung im ersten Jahrgang der Hohnhorst'schen Jahrbücher desselben, S. 268, des O. A. Ger. in Lübeck (Seufferts Archiv der Entscheid. VII, Nr. 132, VIII Nr. 332,[1]) und des Cassationshofs zu Wolfenbüttel. (Dasselbe Archiv, IX, Nr. 224).

Vergl. noch: Blätter für Rechtsanwendung, Band 18, S. 393: Schätzung richteramtlich gewürdigt. Richter nicht gebunden. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Preußischen Rheinprovinzen, Band 9. Abth. 1., S. 225 ꝛc. (Erkennung auf Wiederholung der Expertise). Jahrbücher des Oberhofgerichts in Mannheim. Neue Folge, Jahrg. 7, 1843 S. 87. Annalen der Justizpflege ꝛc. in Kurhessen, Band 4, 1857, S. 447: Beweis durch Sachverständige.

Seeger gedenkt in seiner genannten Schrift Note 96 eines Bescheids des Obertribunals in Stuttgart vom 29. April 1836 in einer Rechtssache wegen Aufhebung eines Güterverkaufs auf Grund grober Verletzung. Der Bescheid erkannte auf Anordnung einer neuen Schätzung durch andere Sachverständige, weil die frühere von beiden Theilen ernannten Sachverständigen nicht nur in ihren Schätzungen sehr auffallend von einander abwichen, sondern sich auch in den Schätzungen des von dem Kläger vorge-

[1]) Auch Römer: Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen, Bd. 1, S. 117: Wiederholung der Expertise, Bd. 3, S. 219. (Schletters Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft III, S. 122).

Digitized by Google

ſchlagenen Schätzers eine ſehr bedeutende Abweichung von der Schätzung des richterlich ernannten Sachverſtändigen zeige, weil die Schätzungen ganz unmotivirt und jene Differenzen dadurch nicht aufgeklärt ſeien, weil aus den Acten nicht erhelle, ob und welche Rückſicht bei der Schätzung auf das bisher aus dem Streitobject gezogene Pachtgeld gewonnen, auch andere Anhaltpunkte nicht benutzt worden ſeien, und weil endlich ganz wenig fehle, um den Kaufvertrag als enorme Verletzung erſcheinen zu laſſen.

II. Beweis zum ewigen Gedächtniſſe durch Sachverſtändige.

Indem Schmid im zweiten Theil ſeines Handbuchs des gemeinen deutſchen Civilprozeſſes, Kiel, 1844, §. 120 vom Beweiſe zum ewigen Gedächtniſſe handelt, äußert er ſich auch dahin: „Sachverſtändige können zwar, wenn eine gleiche Gefahr des Verluſtes derſelben, wie beim Zeugenbeweiſe, eintritt, für den hier behandelten Beweis gebraucht werden; allein dieſe Fälle werden weit ſeltener ſein, als bei Zeugen.“ Noch ſeltener mögen die Fälle ſein, da es für den Zweck dieſes Inſtituts der Zuziehung von Sachverſtändigen bedarf. Ein ſolcher Fall iſt die nachfolgend dargeſtellte Rechtsſache, die belehrend ſein dürfte.

Ein Kaufmann verkief ſein Haus, worin er einen Detailhandel cultivirt hatte, ſowie das in demſelben befindliche Waarenlager einem andern Kaufmann ad mensuram. Als er auf Bezahlung dieſer Waaren klagte, brachte Käufer Einwand vor, was den ſo in einem Rechtsſtreit verwickelten Kläger veranlaßte, darauf anzutragen, daß zur Conſtitirung des dermaligen Zuſtandes der Waaren dieſe durch Experten beſichtigt würden. Dieſen Antrag bekämpfte Beklagter. Das Gericht erkannte unterm 5. September 1840 auf dieſe Beſichtigung. Das Mittelgericht verwarf unterm 12. März 1841 die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten unter dem Bemerken, daß alle Einreden gegen die Perſönlichkeit

Digitized by Google

der Experten vorbehalten blieben. Auch das höchste Tribunal schlug auf Oberberufung des Beklagten die Appellationsprozesse ab, im Wesentlichen aus folgenden, vom Referenten dafür dargelegten und vom Tribunal adoptirten Gründen: Die vom Kläger beantragte Maßregel stellt sich als Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse dar; denn er verlangt, gestützt auf die Gefahr, daß der dermalige Zustand der im Streit befangenen Waaren während der Dauer des Rechtsstreits in der Hauptsache sich verändern möge, daß schon jetzt und vor der Zeit, wo diese zur Beweisführung reif ist, der Zustand der Waaren actenmäßig gemacht werde. Daß hier alle Merkmale des Begriffs einer Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse vorliegen, unterliegt keinem Zweifel. Wenn Beklagter hervorhebt, daß die Idee, als ob der Act ihm nicht schade, den Erkenntnissen der vorderen Instanzen stillschweigend zu Grund liege und überwiegend gewirkt habe, obwohl hierauf kein Gewicht gelegt werden könne, so rechtfertigt allerdings die Betrachtung, die Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse könne dem Gegner des Producenten keinen Nachtheil bringen, für sich allein die Zulassung zu ihr nicht; sie macht sich aber insofern geltend, als es mit den Voraussetzungen dieser Beweisführung nicht so streng zu nehmen ist.

Grolman, Theorie d. ger. Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten, 5. Aufl. Gieß. 1826 §. 164, Note 2, S. 243.

Beklagter bezieht sich zwar auf das Interesse, welches er dabei habe, daß jene Waarenbesichtigung nicht vorgenommen werde. Allein abgesehen von dem, dem Interesse des Klägers entgegengesetzten, Interesse, welches natürlich rechtlich nicht in Betracht kommen kann, ist kein Nachtheil erfindlich, der dem Beklagten aus der Vornahme des Acts erwachsen könnte. Was den Kostenpunkt betrifft, so beziehe ich mich auf Grolman a. a. O. Wenn der Nachtheil darin liegen sollte, daß Kläger nach der Vornahme des Acts keine Veranlassung mehr habe, sich um jene Waaren zu bekümmern, so ist nicht zu errathen, wie dadurch die dem Kläger etwa obliegende Diligenz alterirt werden sollte

Digitized by Google

Der Antrag des Klägers erſcheint als wohl begründet. Er klagte aus einem Kauf, dem zu Folge Beklagter außer dem Haus vom Waarenlager das, was ihm zu ſeinem Gebrauche diene, d. h., was bisher in dem Geſchäft des Klägers gangbar geweſen und noch gut ſei, zu den laufenden billigſten Preiſen übernommen habe, auf Annahme der in der Anlage 2 zur Klage verzeichneten, vom Beklagten zurückgewieſenen Waaren, und verlangte zugleich, mit Rückſicht auf die Gefahr der Deterioration, daß der dermalige Zuſtand derſelben unter Zuziehung von Experten actenmäßig gemacht werde. Daß es auf den Zuſtand der Waaren zur Zeit der Klage, nicht auf einen ſpäteren oder früheren Zeitpunkt ankommt, da Beklagter nicht zu behaupten vermochte, daß die Waaren zur Zeit der Uebergabe in einem ſchlechteren Zuſtand ſich befunden, als zur Zeit der Klage, iſt an ſich klar, ſowie denn auch mit Grund nicht zu bezweifeln iſt, und auch nicht bezweifelt wird, daß, wenn es auf den Zuſtand einer Sache in einem beſtimmten Zeitpunkt ankommt, und eine Veränderung deſſelben zu beſorgen iſt, eine Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniſſe durch richterlichen Augenſchein, nöthigenfalls unter Zuziehung von Experten, nach Analogie der über die Abhör von Zeugen für dieſen Zweck ſprechenden Geſetze als ſtatthaft erſcheint.

Linde: Abhandlungen aus dem deutſchen gem. Civilproceſſe, Th. 2. Bonn 1829. Abh. VI. Ueber den Beweis zum ewigen Gedächtniß S. 35, 36, 39.

Puchta: Betrachtungen über den Beweis durch Augenſchein und Sachverſtändige und über das Verfahren bei deſſen Aufnahme (Zeitſchr. f. Civilrecht und Prozeß, Band 3, Nr. III) S. 37.

Bayer; Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozeß, S. 454. [1])

[1]) Achte Auflage, 1856, S. 786, ſ. auch Wirſing: Der Beweis zum ewigen Gedächtniſſe, 1847, S. 34 ꝛc.

Digitized by Google

Daher erhebt sich nur die Frage, ob eine solche Gefahr mit einiger Wahrscheinlichkeit droht. Mehr verlangen die Gesetze nicht. Cap. 5 X ut lite non contest. non proced. (2. 6)

In der Klage wurde nun hervorgehoben, jene Waaren, welche nach Inhalt des Vertrags im Waarenlager des dem Beklagten verkauften Hauses sich befänden und so gegen Verderb geschützt sein sollten, lägen auf dem Speicher des Hauses, wo sie, jeder Witterung blos gestellt, wohl schon Schaden gelitten und noch weiteren erleiden würden. Die Replik fügte noch hinzu, der Zustand der Waaren sei theils einem nothwendigen, theils einem zufälligen Wechsel unterworfen.. Viele verlören an Güte durch die Zeit, viele dadurch, daß auf ihre Behandlung und Aufbewahrung keine Sorgfalt verwendet werde. In dem unterrichterlichen Gutachten sind nur die Veränderungen in Betracht gezogen worden, welche den Waaren durch die Zeit unterworfen seien. Dieses Moment ist allein schon hinreichend, um den klägerischen Antrag zu rechtfertigen. Abgesehen hiervon erscheint der andere vom Kläger geltend gemachte, aus der Besorgniß einer nicht gehörigen Aufbewahrung und Behandlung der Waaren hergeleitete Grund weit erheblicher zur Begründung des Antrags. Wenn auch das Eigenthum und der juristische Besitz der Waaren noch dem Kläger zusteht, so befindet er sich doch nicht im Naturalbesitz. Sie befinden sich in dem vom Beklagten erkauften Hause, und Kläger hat vertragsmäßig das Recht, sie im Waarenlager des Hauses zum Verkauf auch dann zu lassen, wenn sie der Beklagte wegen nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit zurückweisen darf. Dem Beklagten liegt hiernach allerdings die Verpflichtung zur Aufbewahrung ob, was er selbst in voriger Instanz hervorhob. Während der Dauer des Prozesses darf Kläger über die den Gegenstand desselben bildenden Waaren rechtlich nicht disponiren, sie nicht wegbringen. Letzteres zu unterlassen, fordert ein Interesse, weil ihm, wenn Beklagter zur Annahme der Waaren verurtheilt werden sollte, demnächst Quästionen wegen der Identität gemacht und der Einwand erhoben werden könnte, die

Digitized by Google

Waaren seien durch seine Schuld deteriorirt worden. Die Waaren befinden sich also im Gewahrsam des Beklagten, und da dieser ein Interesse dabei hat, daß sie, wenn es zur Beweisführung kommt, als in schlechtem Zustande befindlich erkannt werden, so ergiebt sich ohne weitere Bescheinigung die Gefahr der Deterioration. Das röm. Recht gibt lediglich mit Rücksicht auf solche Gefahr dem Kläger bei Realklagen und auf Restitution des Besitzes gerichteten Interdicten die actio ad exhibendum zu dem Zweck, damit er den Zustand der Sache zur Zeit der Anstellung der Klage kennen lerne.

Glück: Erläut. der Pandecten, Band 11, S. 181.

Wenn die Gesetze in solchen Fällen, wo ein reelles Interesse des Beklagten an der Verschlechterung der Sache nicht zu verkennen ist, die Gefahr der Verschlechterung unterstellen, und dem Kläger zu deren Beseitigung ein Rechtsmittel geben, so muß um so mehr im vorliegenden Fall, eine Gefahr angenommen werden, da die Zustände von der Art sind, daß, je schlechter demnächst der Zustand der Waare ist, desto eher der Beklagte obzusiegen hoffen darf. Ein Haupteinwand des Beklagten gegen die Zulässigkeit eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse besteht darin, daß Kläger den Zustand der Waaren außergerichtlich constatiren lassen könne, indem er mit gesunden Sinnen, also von jedem Zeugen wahrzunehmen sei und jedenfalls zu jenem Act keine Experten, sondern nur sachverständige Zeugen zugezogen werden sollten, daher Kläger gewöhnliche oder sachverständige Zeugen zur Wahrnehmung veranlassen und demnächst abhören lassen könne. Beklagter hat hier die Ansicht von

Linde a. a. O.

zur Seite, der allerdings sich dahin ausspricht, daß, wenn die Thatsachen, worüber die Sachverständigen zu reflectiren hätten, von der Art seien, daß ihr Dasein in allen factischen Beziehungen schon durch Wahrnehmungen so vollständig durch Zeugen reprodicirt werden könnten, daß die Sachverständigen dereinst auf den Grund solcher Zeugenaussagen allein ein genügendes Urtheil abgeben könnten, die Lage der Sache sich überhaupt zu einer

Digitized by Google

Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse durch Sachverständige nicht eigne; denn man könne in solchen Fällen, ohne richterliche Mitwirkung zum Zeugnisse taugliche Personen zeitig zu sinnlichen Wahrnehmungen veranlassen und demnächst davon den erforderlichen Gebrauch machen. Da Linde a. a. O. S. 34, 35 die Sachverständigen, welche sinnlich wahrzunehmen haben, in jeder Beziehung wie Zeugen behandelt, und namentlich die Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse nach den Grundsätzen vom Zeugenbeweis beurtheilt wissen will, so folgt hieraus, daß er bei blos zur Wahrnehmung berufenen Sachverständigen eine Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse wegen Gefahr der Veränderung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache nicht für statthaft hält. Indessen fehlt es im vorliegenden Fall an den Voraussetzungen dieser Ansicht Linde's. Es handelt sich hier vom Beweise der Beschaffenheit verschiedener Waaren, der nur durch ein Gutachten Sachverständiger geliefert werden kann. Unmöglich kann dasselbe aber auf eine blose Schilderung der Waaren nach ihren sinnlich wahrnehmbaren Merkmalen gegründet werden. Wenn z. B. eine Waare keine sinnlich wahrnehmbaren Mängel an sich trüge und die zur Besichtigung gezogenen Personen wollten sich mit Umgehung des Urtheils, daß die Waare gut sei, darauf beschränken, sie zu beschreiben, wie sollte auf den Grund solcher Beschreibung, die nur Merkmale angibt, welche guten und schlechten Waaren gemein sein können, ein richtiges Urtheil über die Beschaffenheit gestützt werden können? Soll die Besichtigung ihren Zweck erreichen, so müssen die Experten nicht nur wahrnehmen, sondern auch urtheilen. Uebrigens ist hier das Urtheil von so einfacher Art, daß es als unmittelbares Ergebniß der Besichtigung selbst erscheint, so daß Trennung der Wahrnehmung und Beurtheilung ganz unzweckmäßig sein würde. Könnte man aber auch die Experten als blos wahrnehmende oder darstellende Sachverständige betrachten, so würde doch der klägerische Antrag begründet sein. Die Ansicht, der zu Folge in Fällen, wo nicht eine auf unmittelbare eigne Wahrnehmung der Sachverständigen gestützte

Digitized by Google

Beurtheilung erfordert wird, die Parthie Zeugen — sachverständige oder nicht sachverständige — zur Wahrnehmung außergerichtlich zu veranlassen und demnächst abhören zu lassen habe, kann ich nicht für richtig halten. Dieses Auskunftsmittel gewährt keine genügende Sicherheit. Denn einmal sind die zur Wahrnehmung aufgeforderten Personen zur Befolgung dieser Aufforderung nicht verbunden, und dann hätte Producent, wenn sie derselben genügen, zu besorgen, daß gerade daraus Einreden gegen ihre Unpartheilichkeit hergeleitet würden. In Fällen der Art kann, wenn Gefahr der Veränderung der Sache droht, richterlicher Augenschein, und, wenn kunstgeübter Sinn thätig sein muß, Besichtigung durch Experten zum ewigen Gedächtniß verlangt werden [1]). Uebrigens erkennt Linde a. a. O. S. 39 ausdrücklich an, daß dafür richterlicher Augenschein eintreten kann.

Erkenntniß vom 19. October 1842 in Sachen des Kaufmanns Baptist Müller in Bensheim, Klägers, gegen Kaufmann Joh. Müller das. Beklagter, Vertragserfüllung betr. [2])

Auch der Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherz. Hessen läßt den Beweis zum ewigen Gedächtnisse durch Sachverständige zu. Denn es heißt im Art. 580: „Wenn eine Parthei bescheinigt, daß sie

[1]) Ob Beweis durch Urkunden? Overbeck: Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. 11, Nr. 585: Der Beweis zum ewigen Gedächtnisse kann auch durch Urkunden geführt werden. Oelzen: Anleitung zur gerichtlichen Praxis. 2. Aufl. 1800, §. 177, S. 264.

[2]) Im Jahr 1830 erließ das O.-A.-Ger. in Cassel ein Erkenntniß, das davon ausging: Auch durch Sachverständige könne Beweis zum ewigen Gedächtnisse geführt werden, sobald zu besorgen sei, daß der ohne sinnliche Wahrnehmung nicht zu beurtheilende Gegenstand des Beweises, bis zur rechtskräftigen Regulirung desselben durch Vorbescheid, entweder zu Grunde gehen oder seine dermalige Gestalt verändern werde, oder wenn Letztere ohne unverhältnißmäßigen Kostenaufwand nicht zu erhalten sei. Wagner a. a. O. §. 458, S. 369, 370.

Digitized by Google

bei Verzögerung der Abhör von Zeugen Gefahr laufe, das Beweismittel zu verlieren oder dessen Benutzung sehr verschwert zu sehen, so kann sie die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtnisse, so lange die Verhandlung des Rechtsstreits nicht bis zur Beweisaufnahme vorgeschritten ist, und selbst vor angefangenem Rechtsstreite verlangen." Der Art. 592 lautet: „Unter den Voraussetzungen des Artikels 580 kann auch der Beweis durch Augenschein und Sachverständige zum ewigen Gedächtnisse angetreten und erhoben werden."

Der Entwurf einer Civilprozeß-Ordnung für das Herzogthum Nassau. Wiesb. 1849, schließt (§. 309) nur Eideszuschiebung aus.

III. Verwerfung eines Sachverständigen.

Kläger trat der ihm hinsichtlich der Waare, welche er dem Beklagten verkauft hatte, auferlegten Beweis durch Benennung von Sachverständigen an. Der Beklagte bestritt die Zulässigkeit des einen Sachverständigen. In zweiter Instanz wurde unterm 7. October 1850 dahin reformirt, daß der vom Kläger benannte Experte M. als unzulässig zu verwerfen und dem Kläger freizustellen sei, einen andern tauglichen Experten zu ernennen. Die hiergegen vom Kläger ergriffene Oberberufung wurde vom obersten Gericht verworfen. Das erstattete und adoptirte Gutachten des Referenten sprach sich im Wesentlichen dahin aus: Die Prozessualisten sind sehr verschiedener Meinung hinsichtlich der Frage: aus welchem Gesichtspunkte Sachverständige zu beurtheilen seien, welche in Civilsachen zur Ermittelung von Facten zugezogen werden, welche für das Erkenntniß von Einfluß erscheinen.

Darlegung der Doctrinen von Gönner (Handbuch des Proz.); Linde (Lehrbuch des Proz.); Grolman (Compendium über Civil-Prozeß); Puchta (in seinem Beitrage zum dritten Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß.

Digitized by Google

Nr. III. Betrachtungen über den Beweis durch Augenſchein und Sachverſtändige und über das Verfahren bei deſſen Aufnahme); Mittermaier in ſeinem Beitrage zum zweiten Band des Archivs für die civiliſtiſche Praxis, Nr. 10: Beiträge zur Lehre von dem Beweiſe durch Sachverſtändige, u. ſ. w.]

Nach wiederholten Erwägungen bin ich der Meinung derer, welche lehren:

daß benannte Sachverſtändige nach Umſtänden wegen ſolcher Verhältniſſe verworfen werden können, welche bei eigentlichen Zeugen nur einen Verdacht, keinen Grund zur Verwerfung bilden können [1]).

Ich finde mich, außer den von jenen Prozeſſualiſten geltend gemachten Gründen, durch folgende Betrachtungen beſtimmt:

Eigentliche Zeugen dürfen ſich mit ihren Mitzeugen über den Gegenſtand ihrer Ausſagen nicht bereden, keinen Verſuch machen, auf deren Depoſitionen einzuwirken.

Puchta a. a. O. §. VIII, S. 61.

Einem Sachverſtändigen iſt es unverwehrt, ſich vor Abgabe ſeines Gutachtens über die zu löſende Aufgabe mit den andern Experten zu beſprechen; es wird ſogar als eine Forderung der Gründlichkeit angeſehen, daß er dieſes thue.

Puchta a. a. O. S. 61.

Linde a. a. O. §. 299, Note 1.

Hieraus erwächſt dem Producten die Gefahr, daß ein befangener (verdächtiger) Experte ſich bemühen werde, das Urtheil der andern Sachverſtändigen in der Weiſe zu be-

---

[1]) Vergl. Seeger: Das Verfahren mit Sachverſtändigen in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten, §. 60. Rechtslexicon, Bd. 9, Leipz. 1855, s. v. Sachverſtändige, S. 548, 556. Schmid: Handbuch des Civilprozeſſes Bd. 2, S. 315, 316. Bayer: Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozeß. Achte Aufl. 1856, S. 823. Holzſchuher: Der Rechtsweg, 1831, S. 442.

Digitized by Google

stimmen, wie sie seiner Befangenheit, vielleicht sogar seiner unredlichen Absicht entspricht.

Die Frage, ob ein Sachverständiger zuzulassen sei, oder nicht, entscheidet sich nach den Umständen, nach der Beschaffenheit des Verdachtsgrundes. Hiernach findet das mittelgerichtliche Erkenntniß seine Rechtfertigung in der Erwägung:

1. Das Verhältniß der Verwandtschaft des zum Sachverständigen vorgeschlagenen M. zu dem Producenten ist kein sehr entferntes. Er ist ein Enkel der Schwester des Vaters desselben somit im fünften Grad römischer Computation mit ihm verwandt, während nach gesetzlicher Vorschrift Zeugen bis zum achten Grad verdächtig sind.

Linde a. a. O. §. 259.

Die Bedeutung dieses Verdachtsgrundes wird durch den weiteren Umstand gesteigert, daß M. im Jahr 1837 neunzehn Jahre lang als Commis bei Producenten fungirte, mithin, da er im Jahr 1849 sein Alter zu 49 Jahren angab, etwa vom 18 bis 35 Lebensjahr in dessen Umgebung zubrachte. Ein solches Verhältniß zwischen Verwandten berechtigt zu der Unterstellung der Herrschaft der Zuneigung und der Ergebenheit des Jüngeren gegen den Aelteren. Gesetzliche Vorschriften auf Grund solchen Verdachts sind das Ergebniß erfahrungsmäßigen Mißtrauens.

2. Die factischen Momente, die hier den Verdacht begründen, liegen erwiesen vor.

3. Die Aufgabe der Sachverständigen besteht in der Begutachtung: „Ob die Preise, welche Kläger für die in dem Bescheide vom 20. April 1841 erwähnten Waaren verlangt hat, im Sinne des Vertrags vom 16. August 1839 die laufenden billigsten seien ꝛc." Jener Vertrag hatte die käufliche Ueberlassung des Waarenlagers einer Handlung zum Gegenstande, welche vom Käufer fortgeführt werden wollte und sollte. Unter den laufenden billigsten Preisen können daher gewiß nur die Preise des Einkaufs en gros verstanden worden sein, nicht die

Digitized by Google

beim Detailverkauf zu erlöſenden, um welche der Käufer des Waarenlagers die Waaren ſelbſt wieder abſetzen mußte. So läßt ſich nicht behaupten, daß nur durch im Wohnort ſelbſt etablirte Kaufleute eine Begutachtung abgegeben werden könnte. Sollte es daher auch für den Producenten ſchwierig ſein, in dieſem Wohnort ſelbſt einen andern tauglichen Experten zu finden, ſo würde doch daraus kein Grund für die Zulaſſung des M. herzuleiten ſein, ſobald ihr Gründe entgegenſtehen.

Erk. d. O.-A.-Ger. vom 12. November 1851 in Sachen des Kaufmanns Baptiſt Müller in Bensheim. Klägers, gegen Kaufmann Joh. Müller daſelbſt, Beklagten, Vertragserfüllung betr.

IV. Befugniß zur Heranziehung weiterer Urkunden zum Zwecke der Vergleichung nach Ablauf der Friſt zum Beweiſe der Aechtheit einer Urkunde durch Schriftvergleichung. Befugniß zur Benennung eines andern Experten nach Ablauf dieſer Friſt, wenn der innerhalb derſelben Benannte als inhabil verworfen wurde.

In einer an das oberſte Gericht erwachſenen Rechtsſache erhob ſich die Frage: ob der, welcher durch Schriftvergleichung den Beweis der Aechtheit einer Urkunde führen will, nach Ablauf der ihm hierzu anberaumten Beweisfriſt noch weitere Urkunden, welche zur Schriftvergleichung dienen ſollen, heranziehen dürfe. Das Gericht zweiter Inſtanz bejahte dieſe Frage und erkannte zugleich dahin, daß Producent mit dem Reſtitutionseid zu verſchonen ſei. Die dagegen von dem Producten erhobene Oberberufung ward vom O.-A.-Ger. verworfen, nach Maßgabe des adoptirten Gutachtens auf Grund folgender Ausführung: Soll die Aechtheit einer Urkunde durch Schriftvergleichung bewieſen werden, ſo hat der Producent vor Ablauf der Beweisfriſt 1) die zur Vergleichung zu benutzenden Urkunden und 2) den von ſeiner Seite zuzuziehenden Experten namhaft zu machen. Wenn Product Einreden gegen die Aechtheit der zur Vergleichung vor-

Digitized by Google

geschlagenen Urkunden oder gegen die Zulässigkeit des Experten vorbringt, so wird darüber verhandelt und erkannt. Wie soll es aber gehalten werden im Fall der Verwerfung des Experten oder jener Urkunden? Erscheint alsdann, wie im Fall eines Zeugenbeweises, die Beweisführung als mißlungen, oder muß dem Producenten gestattet werden, einen andern Experten zu benennen, oder andere zur Vergleichung zu benutzende Urkunden beizubringen? Die Gesetze (das gemeine Recht) schweigen und die Doctrin erscheint als dürftige Quelle. Bayer: Vorträge über den gem. ord. Civilprozeß lehrt, daß, wenn Einreden gegen die vorgeschlagenen Sachverständigen vorgebracht worden seien, darüber ein Incidentverfahren eingeleitet und, wenn sich die Einrede als gegründet zeige, der Sachverständige verworfen und der Parthei, welche ihn benannt habe, freigestellt werden müsse, einen andern zu substituiren. (Achte Aufl. S. 974). Dieser Lehre [1]) folgend, erkannte das Tribunal am 14. April 1840 in Sachen Selinger gegen Selinger dahin: daß der von dem Beklagten mit Schriftvergleichung angetretene Aechtheitsbeweis für zulässig zu erklären, der von ihm benannte Experte Schullehrer U. jedoch zu verwerfen sei und er daher innerhalb vier Wochen einen andern Sachverständigen zu benennen habe. Das, was vom Experten gilt, muß wegen Gleichheit des Grundes auf die zum Beweise der Aechtheit eines Documents durch Schriftvergleichung erforderlichen zur Vergleichung dienenden Urkunden Anwendung finden.

Die Verwerfung solcher Urkunden oder eines Experten als untauglich steht der Verwerfung sämmtlicher Zeugen und Urkunden nicht gleich. Diese müssen vor Ablauf der Beweisfrist bei Verlust namhaft gemacht werden. Weitere Zeugen und Urkunden können später nur als neu aufgefundene und nach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugelassen werden. Im Fall des Beweises

[1]) Vergl. noch Schmid: Handbuch II, S. 322. Schneider lehrt a. a. O. S. 315, daß der Richter mit der Verwerfung des Sachverständigen die Substituirung eines andern von Amtswegen verbinden müsse.

Digitized by Google

durch Schriftvergleichung aber thut Producent genug, wenn er innerhalb der Beweisfrist eine oder mehrere Urkunden, welche er für ächt hält, als Mittel zur Vergleichung, und einen Experten, den er für habil erachtet, producirt. Hat er sich, was er erst durch die Einreden des Producten und Richterspruch erfährt, darin geirrt, so muß es ihm gestattet sein, dem Zwecke entsprechendere Urkunden oder einen habileren Experten vorzuschlagen. Der Fall steht dem gleich, da dem Producenten ohne seine Schuld Beweismittel verloren gehen. Bei dem Beweise der Aechtheit einer Urkunde durch Schriftvergleichung bedarf es einer unzweifelhaft ächten Urkunde als Mittel der Vergleichung. Bestreitet Product die Aechtheit derselben, so muß Producent zu dem Beweise derselben — Incidentverfahren — zugelassen werden; es steht ihm aber frei, andere Urkunden zum Zwecke der Vergleichung heranzuziehen, ohne daß er verbunden ist, den Restitutionseid abzuleisten, zumal, da er befugt ist, jenen Beweis der Aechtheit wieder durch Schriftvergleichung zu erstreben.

Erk. vom 30. November 1847 in Sachen der Standesherrschaft Erbach-Fürstenau, Klägerin, gegen Adam Krämer, modo dessen Wittwe, in Schöllenbach, Beklagte, wegen Beholzigungsrechts.

V. Collision der Gutachten der Sachverständigen. Wiederholung der Expertise. — Illiquidät der Einrede gegen die Habilität der Sachverständigen.

Intervent hatte zu beweisen, daß die Urkunde, wodurch ihm eine Forderung abgetreten worden sein solle, vom Cedenten unterschrieben worden sei. Er trat diesen Beweis durch Namhaftmachung des Mittels der Schriftvergleichung an. Nach weiteren Verfahren erwuchs an das oberste Gericht die Beschwerde des Producenten, daß der ihm auferlegte Beweis nicht als bis zum Erfüllungseid erbracht erachtet worden sei. Diese Beschwerde wurde für unbegründet erkannt, nach Anleitung des Gutachtens der Referenten darum: Es kommt auf die Beantwortung der

Digitized by Google

Frage an, ob der aufhabende Beweis als bis zur Hälfte erbracht anzusehen ist? Die Schriftvergleichung hatte zum Zweck, durch ein Gutachten von Sachverständigen die Thatsache zu ermitteln, und, so weit dies, nach der unsicheren Natur dieses Beweismittels [1]) möglich ist, festzustellen, daß die Unterschrift der Cessionsurkunde von derselben Hand herrühre, von welcher die zur Vergleichung benutzten Urkunden unterschrieben worden seien. Die Aussprüche der drei Experten weichen von einander ab. Zwei von ihnen erkennen, daß die Urkunde nicht von derselben Hand unterschrieben worden sei, von der die Unterschrift der zur Vergleichung benutzten Urkunden herrühre. Der dritte Experte findet, daß der Taufname von derselben Hand herrühre, welche ihn auf einer dieser Urkunden geschrieben habe, und der Familienname auf allen Urkunden als von derselben Hand geschrieben anzusehen sei. Also eine Collision, welche die Frage auftauchen läßt, ob das Gutachten der Mehrheit entscheide, oder das den Vorzug verdiene, welches nach dem Urtheile des Gerichts von besseren Gründen getragen werde, oder, ob das Gericht veranlaßt sei, die Gutachten der Prüfung anderer Sachverständigen zu unterwerfen, durch sie über den Vorzug entscheiden zu lassen und ihren Ausspruch seinem Urtheil zu unterlegen. Die Gesetze entscheiden die Frage nicht, und die Doctrin ist schwankend [2]). Entweder räumt sie dem Gutachten der Mehrheit der Experten den Vorzug ein, oder sie zieht das von besseren Gründen getragene Parere vor. Auch wird darüber gestritten, ob der Richter selbst über diesen Vorzug entscheiden, oder andere Sachverständige darüber entscheiden lassen soll. (Bezugnahme auf das Gutachten in der Rechtssache: Wittwe des Adam Dörr in Lindenfels gegen

[1]) Erk. des Tribunals am 10. Mai 1854 mitgetheilt im 10. Bd. des Seuffert'schen Archivs, Nr. 99: Schriftvergleichung als Gegenbeweismittel, einer öffentlichen Urkunde gegenüber.

[2]) Bayer a. a. O. S. 825, 826. Schmid: Handbuch II, S. 325—327. Puchta a. a. O. §. 10: Von der Collision der Gutachten.

Digitized by Google

Adam Hertel in Kröckelbach, Ford. betr., aus dem Jahr 1837). Im Fall einer ſolchen Colliſion hat ſich der Richter an die Mehrheit zu halten [1]). Nur ausnahmsweiſe kann er dem Gutachten der Minderheit den Vorzug einräumen, nämlich dann, wenn überwiegende, auch dem Laien zugängliche Gründe deren Motive als die richtigeren erſcheinen laſſen, oder, wenn ſolche actenmäßig feſtſtehende Umſtände vorliegen, welche erhebliche Zweifel gegen die Richtigkeit des Gutachtens der Majorität zu begründen geeignet ſind [2]). In dem vorliegenden Fall beruhen die Gutachten der beiden Experten auf einer ſehr ſorgfältigen Vergleichung, ſo daß nichts unbeachtet blieb, was einen erheblichen Anhalt gewährt; ſie unterſtützen das, was ſich ihnen aus der Benutzung und Prüfung der ihrer Begutachtung hingegebenen Elemente ergab, mit Gründen, deren Richtigkeit auch den Laien einleuchten muß. Der dritte Experte iſt mit geringerer Sorgfalt zu Werke gegangen. Jedenfalls ſind ſeine Gründe nicht

---

[1]) Gönner Handb. d. Proz. Th. 2, S. 454 ꝛc. Schneider, a. a. O. §. 188, S. 122, 123. Overbeck: Meditationen, Bd. 11, Nr. 552: Nach welchen Grundſätzen muß der Richter beim Beweiſe durch Kunſtverſtändige, wenn ihre Meinungen getheilt ſind, den Ausſpruch thun? Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 16, Ergänzungsblätter S. 11: Richterliches Ermeſſen bei abweichenden Gutachten der Sachverſtändigen.

[2]) Der Art. 566 des Entwurfs der Civilprozeß-Ordnung ſchlägt vor: „Wenn die Sachverſtändigen unter ſich uneinig ſind, ſo hat der Richter nicht unbedingt der Meinung der Mehrheit beizutreten, ſondern nach den bei dem Widerſpruche der Zeugen geltenden Regeln, unter Erwägung der Gründe der Meinungen und des Grades der Vollkommenheit der Kunſtkenntniſſe der Sachverſtändigen, das Gutachten zu prüfen und darnach den Vorzug zu beſtimmen. Im Falle der Dunkelheit oder des Widerſpruchs, oder wo der Richter der Anſicht iſt, daß das ausgeſprochene Gutachten aus den angegebenen Vorderſätzen nicht folge, kann er die Sachverſtändigen noch einmal vornehmen, um geeignete Aufklärung zu erhalten, und wenn dieſe durch ihre Vornehmung nicht zu erhalten iſt, hat er zu den bisherigen noch neue Sachverſtändige beizuziehen.“

Digitized by Google

geeignet, die Mehrheit zu schwächen oder zu widerlegen. Sonach fehlt es an den Voraussetzungen, unter denen der Richter von der Regel, das Gutachten der Mehrheit der Schreibverständigen zur Norm zu nehmen, abzuweichen hätten.

Wenn Oberappellant versucht hat, die Beweiskraft des Gutachtens der Mehrheit der Experten auch durch Anfechtung der Glaubwürdigkeit derselben zu schwächen oder aufzuheben, indem er behauptet, W. sei zerstreut, und Z. sei ein bloser Landmann, dem die erforderliche Sachkenntniß fehle, so hat Ersterer durch die Beschaffenheit seines Gutachtens diese Ausstellung widerlegt, während Oberappellant Letzteren als Experten zugelassen und so dessen Befähigung anerkannt hat. Zwar hatte er sich bei Abgabe seiner Erklärung über dessen Zulässigkeit seine Einreden gegen ihn vorbehalten; nach dessen Zulassung läßt sich indessen dieser Vorbehalt nur auf Einwendungen solcher Art beziehen, welche ihren Grund in andern Umständen, als in jenem angeblichen Mangel an Sachkenntniß suchen.

Intervent erachtete sich auch darum für beschwert, weil die vorderen Gerichte seinen Antrag, unter Zuziehung anderer Experten eine nochmalige Prüfung vorzunehmen, oder die Expertise durch andere Schreibverständige prüfen zu lassen und das Ergebniß dieser Prüfung dem Erkenntnisse zu Grunde zu legen, verworfen hätte. Auch diese Beschwerde wurde vom Tribunal als unbegründet erachtet, weil das Gutachten der Mehrheit der Experten keine erhebliche Mängel zeige.

Intervent hatte in der Beweisausführungsschrift auch geltend gemacht, daß der Experte Z. ein intimer Hausfreund der Familie der Gegnerin (der Intervenientin) sei, bemerkend, daß er dieses erst neuerdings erfahren habe [1]), und sich zur Ableistung des

[1]) Nach Art. 559 des Entwurfs der Prozeßordnung können „Sachverständige, über welche die Partheien vertragsmäßig übereingekommen sind, nicht mehr abgelehnt werden, es sei denn, daß der Ablehnungsgrund erst nach dieser Uebereinkunft entstanden oder einer der Partheien bekannt geworden ist."

Digitized by Google

Restitutionseides erbietend. Das Gericht erster Instanz erachtete diesen Einwand darum für erheblich, weil ein solches Verhältniß zwischen dem Producten und dem Zeugen Letzteren wenigstens sehr verdächtig mache und das, was von einem Zeugen gelte, sich auch auf den Sachverständigen anwende, das Gutachten eines verdächtigen Experten aber aller Glaubwürdigkeit entbehre, und legte darum, indem es weiter considerirte, es bedürfe der Ableistung des Restitutionseides nicht, weil Z. nur vorbehältlich der Einreden zugelassen und der Einwand im Hauptverfahren vorgebracht worden sei, dem Interventen den Beweis jenes Verhältnisses auf. Das Mittelgericht reformirte dahin, daß der gegen den Experten gerichtete Einwand als verspätet und unerheblich und der darauf gestützte Antrag auf Wiederholung der Expertise, sowie das auf diesen Einwand beziehende Restitutionsgesuch als unstatthaft zu verwerfen sei. In diesem Erkenntnisse fand Intervent eine dritte Beschwerde, die gleichfalls vom Tribunal als unbegründet erachtet wurde, und zwar, nach Anleitung des adoptirten Gutachtens der Referenten, darum: Jener mit der Beweisausführung verbundene Einwand kann als verspätet und so als verwerflich nicht angesehen werden, weil der landgerichtliche Bescheid aussprach, daß die Experten nur mit Vorbehalt aller Einreden zuzulassen seien und hiernach dem Interventen rechtskräftig die Befugniß zustand, noch im Hauptverfahren alle Einwendungen gegen den von der Intervenientin benannten Sachverständigen vorzubringen, mit alleiniger Ausnahme der Untauglichkeit desselben wegen angeblichen Mangels der Sachkenntniß, da er sich dieses Einwandes durch dessen Zulassung begeben hatte. Sonach erscheint die Ansicht des Landgerichts, die, daß es eines Restitutionsgesuchs nicht bedürfe, als richtig. Auch als unerheblich erscheint der Einwand nicht, weil das Verhältniß naher Freundschaft mit dem Producten allerdings verdächtigend wirkt. Zudem hat die Zuziehung eines andern Sachverständigen keine Schwierigkeit. Dennoch ist die Beschwerde nicht begründet.

Das Tribunal bekennt sich zu dem Grundsatze: „Wenn

Digitized by Google

Einwendungen gegen die Habilität von Zeugen vorgebracht, aber in dem Productionsverfahren nicht liquid gestellt worden sind, so darf über den Nachweis der hervorgehobenen Unfähigkeitsgründe kein Incidentverfahren mit Sistirung des Fortgangs der Hauptsache eingeleitet werden. Vielmehr ist der Product mit der nähern, factischen Begründung seiner Einreden gegen die Zeugen in das Hauptverfahren zu verweisen, in welchem er die erforderlichen Bescheinigungen beizubringen hat, und ebenso dem Producenten die Wahrung seiner Rechte, insbesondere etwaige Gegenbescheinigungen vorbehalten bleiben [1])." Wendet man diesen Grundsatz auch auf den Beweis durch Sachverständige an, so hat jener Einwand keinen Anspruch auf rechtliche Beachtung, da es an der erforderlichen Bescheinigung fehlt. Die Anwendung selbst aber erscheint als unbedenklich, weil das bezüglich des Zeugenbeweises in Betreff der Zulässigkeit der Zeugen stattfindende Verfahren auch für das Beweisverfahren durch Sachverständige Norm ist, so die Grundsätze des Ersteren auch auf das Letztere anzuwenden sind. Was sich etwa gegen die Ausdehnung jenes Präjudizes auf den vorliegenden Fall erinnern ließe, besteht darin, daß es sich hier nicht von einem schon im Productionsverfahren, sondern erst im Hauptverfahren vorgeschützten Einwand handelt; indessen erscheint diese Verschiedenheit gegenüber diesem Präjudiz als rechtlich bedeutungslos.

Erk. vom 13. December 1852 in Sachsen der Ehefrau des Friedrich Hensel in Okarben, Intervenientin gegen J. J. Reinach zu Frankfurt a. M. Interventen, zur Sache des Letzteren, Kläger, gegen die Gemeinde Okarben, Beklagte, Schuldford. betr.

---

[1]) Erkenntnisse des Gerichtshofes aus den Jahren 1838 und 1841. Sammlung der Präjudicien desselben, Nr. 136.

Digitized by Google

V.

Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Von

Herrn Dr. Hermann Bischof.

(Fortsetzung der Abh. VIII. im XVI. Band).

Zweites Capitel.

Begriff der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

A.

Begriff der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes.

a. Nach allgemeinem Staatsrechte.

Das Gesetz bildet eine jener Normen, die eine solche Ordnung im Staate begründet, daß es innerhalb derselben den Einzelnen und den sittlichen Lebenskreisen möglich ist, ihren ethischen Endzweck zu erreichen. Aus diesem dem Wesen des Staates selbst entsprungenen Begriffe des Gesetzes ergibt sich, daß das Gesetz einerseits vermöge seines auf Realisirung des Staatszweckes gerichteten Inhalts den im Volke waltenden objektiv vernünftig sittlichen Willen darstellt, andererseits, in dem

es die staatlichen Verhältnisse ordnen soll, nur von der höchsten Gewalt im Staate ausgehen kann.

Aus Ursache dieses Ursprungs und Inhaltes vermag das Gesetz keiner höheren Gewalt im Staate unterworfen zu sein. Zwar steht es im Dienste des Rechts, der Wohlfahrt und der Sittlichkeit und bemißt die Grenze seiner innern Giltigkeit nach dem Maße der Uebereinstimmung mit jenen Ideen. Allein eine äußere Schranke des Gesetzes ist undenkbar [1]).

„Das Gesetz ist an keine Schranke gebunden; ihm ist Alles möglich. Zwar soll es stets das Princip der Gerechtigkeit vor Augen haben; allein eine Abweichung von diesem Princip macht das Gesetz nicht ungültig. Das schlechte und ungerechte Gesetz hat dieselbe und muß nothwendig dieselbe äußere Giltigkeit, Macht und Unverletzlichkeit haben, wie das weise und gerechte Gesetz, wenn es nur auf formell gültige Weise zu Stande kommen kann [2])."

Eine materielle Verfassungswidrigkeit, welche mit der Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit zusammenfiele, kann somit eine vom Gesetzgeber erlassene allgemeine Norm niemals enthalten.

Das System, wonach die materielle Uebereinstimmung mit der Verfassung als Bedingung für die Giltigkeit und Rechtsbeständigkeit des Gesetzes erscheint, wird das amerikanische

---

[1]) Vergl. Vollgraff, die histor. staatsr. Grenzen moderner Gesetzgebung, 1830. — Einiges über den Mißbrauch der gesetzgebenden Gewalt, bei Gelegenheit gewisser Ergebnisse der jüngsten Ständeversammlung im Großherzogth. Baden, 1832. — W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1851. — v. Moy, Grundlinien einer Philosophie des Rechts, 1857, II, S. 129 ff. Bluntschli, a. a. O., II, S. 488. — Meine gekrönte Preis-Schrift: Das Nothrecht des Staates in Geschichte und Dogma. 1859.

[2]) Vergl. Wächter, Handbuch des württemberg. Privatrechts, II, S. 23. Zöpfl, a. a. O., II, S. 633. — Bluntschli, a. a. O., I, S. 489 ff.

Digitized by Google

System genannt. Es kommt jedoch diesem weder nach allgemeinen Grundsätzen, noch nach den positiven Dogmen des deutschen Rechts Berechtigung und Bedeutung zu.

Die nordamerikanische Verfassung ist eine constituirende, indem das Volk auf Grund und in Gemäßheit dieses Vertrages in rechtliche Gegenseitigkeits-Verhältnisse eintrat. Die durch das Volk sanktionirte Constitution regelt nun die Verhältnisse der Gesetzgebung, der Regierung und der höchsten Staatsgewalt untergeordneten Organe. Diese Gewalten bestehen nur insofern, als sie nach dem vertragsmäßigen Willen des Volkes auftreten. Eben deßhalb kann nur und alleinig das Volk jenen Vertag ändern, aufheben oder ihm Widersprechendes festsetzen. Der oberste nordamerikanische Gerichtshof erklärte in diesem Sinne, daß die Annahme der Rechtsverbindlichkeit eines der Verfassung widersprechenden Gesetzes in der Praxis aufrecht halte, was nach den Grundsätzen und der Theorie der Regierungsweise als ungültig erscheine, und der Legislatur eine wirkliche Allmacht in dem nämlichen Athemzuge gewähre, welcher die enge Beschränkung derselben ausspreche.

In Europa ist nur die belgische Verfassung eine constituirende. Die Proklamation der Commission provisoire, vom 24. September 1830, verkündete eine provisorische Regierung, welche zwei Tage später gebildet wurde. Der Unabhängigkeitserklärung Belgiens folgte die Berufung eines Congresses, welcher dem Lande eine Constitution zu schaffen bestimmt war. Dieser Congreß bildete die eigentliche constituirende Gewalt. „Mandataire de la Souveraineté abstraite que les electeurs ont représentée, il a donné l'être à notre constitution, et du même temps il a crée lui même un pouvoir Constituant actif, qu'il a investu du droit créer les lois constitutionelles de l'avenir [1]).“

[1]) Faider, nouvelle Etude, S. 2.

Digitized by Google

Wenn somit in Belgien die gesetzgebende Gewalt eine der Verfassung widersprechende Norm erläßt, so empört sie sich gegen den Rechtsgrund ihrer eigenen Existenz. Allerdings ist das Princip der Volkssouveränetät, auf welchem das constituirende Gesetz beruht, in Belgien dahin abgeschwächt, daß die gesetzgebende Gewalt die Nothwendigkeit einer Verfassungsrevision ausspricht, worauf sich die Kammern auflösen und durch neue Wahlen ersetzt werden. Der nunmehr zusammengetretene repräsentative Körper ist dann eigens ad hoc mandirt, in Gemeinschaft mit dem Könige über die der Revision unterworfenen Punkte zu beschließen.

Das amerikanisch-belgische System leidet jedoch an einem inneren Widerspruche. Der Grundsatz, daß über der höchsten Gewalt im Staate, der des Gesetzgebers, der verfassungsgeberische Wille des Volkes stehe, verwechselt die organische Einheit der Nation mit der atomistischen Masse der Individuen [1]), welcher eine Wesensgleichheit mit dem Volke niemals zusteht.

Der Begriff des constituirenden Gesetzes kann deßhalb in einem vernünftigen Staatsorganismus keine Anerkennung finden. Der neuerdings zwischen den beiden belgischen Juristen, Faider und Verhägen, entstandene Streit hat zu dem Resultate geführt, daß die aus dem Wortlaute der belgischen Verfassung deducirte Consequenz unter allen Umständen praktisch unausführbar bleibt.

b. Nach deutschem Staatsrechte.

Daß das amerikanische System zur deutschen Reichszeit weder in der Theorie noch in der Praxis adoptirt wurde,

---

[1]) Vergl. Chalybaeus, spekulative Ethik. 1850. II, S. 268. — Fichte, J. H., Ethik, II, 2. Abth., 1853, S. 276 ff. — Bluntschli, a. a. O., II, S. 8. — Siehe auch über diese schwierige Frage Michaëlis, Recension von Bluntschlis Staatsrecht in Schletters Jahrbüchern, V. 1; — sowie meine S. 115 dieses Heftes der Zeitschrift für Civilr. u. Prozeß zu erwähnende demnächst erscheinende Allgemeine Staatslehre, §. 53 ff.

Digitized by Google

setzt unsere geschichtliche Darstellung der Controverse auseinander. Indem die jetzt geltenden Verfassungsurkunden das monarchische Princip sanktioniren, verwerfen sie selbstverständlich [1]) mit der Hypothese einer neben der monarchischen bestehenden Souveränetät des Volkes den Begriff des constituirenden Gesetzes. Demnach kann nach deutschem Rechte ebenso wenig als nach allgemeinem der verfassungswidrige Inhalt eines Gesetzes seine Nichtverbindlichkeit begründen.

B.

Begriff der Verfassungsmäßigkeit der Verordnung:

Nach allgemeinem und deutschem Staatsrechte.

Während das Gesetz die Ordnung des Staates bestimmt, so regiert innerhalb der letzteren der Monarch als Repräsentant der Staatsgewalt durch die Verordnung. Die Verordnung hat demnach zunächst die durch das Gesetz aufgestellten Grundsätze durch die Behörden auszuführen und außerdem die äußere und innere Kultur des Volkes zu fördern. Ihrem Begriffe nach darf sie sich also nur innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Ordnung bewegen. In praktischer Beziehung, d. h. in Ansehung der Rechtsverbindlichkeit, begründet es allerdings in der absoluten Monarchie keinen Unterschied, ob der Monarch eine Norm als Gesetzgeber oder als Regierer erlasse. Anders gestaltet sich die Sache in der beschränkten Monarchie, welche den Unterthanen eine gewisse Mitwirkung bei der Gesetzgebung einräumt, nicht aber bei der Regierung. Hier entsteht die Frage, ob eine Verordnung, welche in das Gebiet der Gesetzgebung eingreift,

[1]) Vergl. besonders neben der in der vorigen Note erwähnten Ausführung von Michaëlis die treffenden Bemerkungen des scharfsinnigen Zöpfl, a. a. O., I, §. 54 ff.

Digitized by Google

als verfassungsmäßig und eben deshalb als verbindlich zu betrachten sei, mit anderen Worten, ob die ständische Mitwirkung eine wesentliche Bedingung für die Verfassungsmäßigkeit und Verbindlichkeit der Gesetze darstelle? —

Hiermit im Zusammenhange steht die weitere Controverse: ob die Erwähnung der stattgefundenen Mitwirkung die Giltigkeit des Gesetzes bedinge oder sogar die Thatsache der Mitwirkung als irrelevant für die Verbindlichkeit des Gesetzes erscheinen lasse?

Wenn nun die ständische Mitwirkung die Verbindlichkeit der Gesetze nicht bedingt, so kann weder die Nichterwähnung der stattgefundenen noch die Erwähnung der nicht stattgefundenen ständischen Mitwirkung für die Giltigkeit der Norm von Bedeutung sein. Trifft dagegen die fragliche Voraussetzung nicht zu, so erscheint sowohl die Unterlassung der vorgeschriebenen Erwähnung, als auch die Erwähnung der nicht stattgefundenen Mitwirkung als eine Verfassungswidrigkeit, welche die Giltigkeit der Norm umstößt. Es ist demgemäß vor Allem über die Existenz jener Voraussetzung eine Entscheidung zu treffen.

Hr. v. Linde hat zuerst unter den neueren deutschen Juristen den Grundsatz kritisch verfochten: Verfassungsmäßig und somit den Richter, den Verwaltungs-Beamten und sämmtliche Unterthanen rechtlich verbindend ist jede allgemeine landherrliche Rechtsnorm, sobald sie vom verantwortlichen Ministerium kontrasignirt wird. Ganz identisch mit dieser Behauptung ist folgende: Die Verfassung selbst gebietet, daß die Beurtheilung der Verfassungsmäßigkeit einer landesherrlichen Norm gänzlich abstrahire von der Frage, ob die Form ihrer Erzeugung die richtige sei; vielmehr nur die Contrasignatur als Bedingung der Verfassungsmäßigkeit betrachte. Mit andern Worten: Der Inhalt einer contrasignirten Rechtsnorm stellt kein Kriterium ihrer Verfassungsmäßigkeit dar.

Digitized by Google

Gegen diese Behauptung ist eine Unmasse von Schriftstellern aufgetreten. Unter den Neueren beschränkt sich namentlich F. J. Stahl, welcher die nämliche Thesis aufstellt, auf die durch Hrn. v. Linde construirten Beweise, während Andere, besonders Zöpfl und Mittermaier, behufs der Vertheidigung des gleichen Dogmas von einem dem von Linde'schen nur weitschichtig verwandten Gesichtspunkte ausgehen.

Hr. v. Linde behauptet nämlich: Es gebe keinen wesentlichen Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung; ein solcher finde sich weder in den bestehenden Verfassungsurkunden begründet, noch ergebe sich ein solcher aus dem Rechtszustande in den Zeiten der Reichsverbindung, noch endlich sei der Doktrin gelungen, eine sichere Grenze zwischen dem Gebiete der Verordnung und dem des Gesetzes aufzustellen [1]). Um im Allgemeinen einzusehen: ob zwischen Gesetz und Verordnung ein wesentlicher Unterschied sei, und worin derselbe bestehe, müsse man sich klar machen, worin das Wesen der Gesetzgebung denn eigentlich wurzle, und wiefern die Gesetzgebung bei Verordnungen ebenso gut wirksam werde, als bei Gesetzen. „Hieraus allein würden sich praktische Folgerungen für die allgemeine Giltigkeit der Verordnungen ableiten lassen [2])."

Die Resultate der Untersuchung des Hrn. v. Linde lassen sich in logischer Entwicklung so zusammenfassen:

1. „Wenn das Wesen der Gesetzgebung in der Aufstellung einer rechtlichen Nothwendigkeit für das äußere Handeln der Bürger besteht, so ist auch bloß die Anerkennung der Nothwendigkeit (—sanction) der eigentliche Act des Gesetzgebens [3])."

2. „Die „„das Wesen der Gesetze"" bildende „„allgemeine Verbindungskraft"" ist auch den Verordnungen immanent, insofern diesen letzteren in der auch ihnen wesentlich eigen-

[1]) Vergl. a. a. O., S. 323 ff.
[2]) A. a. O., S. 229.
[3]) A. a. O., S. 329, vergl. Martin, a. a. O., 16 u. 17.

thümlichen landesherrlichen Sanction jene allgemeine Verbindungskraft zu Theil wird."

3. „Also ist mit der den Gesetzen und Verordnungen gleichmäßig zukommenden allgemeinen Verbindungskraft auch die innere wesentliche Gleichheit beider Arten von Rechtsnormen gesetzt."

Die Frage, nach der Bedeutung des Argumentes, dreht sich nur um die Richtigkeit des Obersatzes. Mit ihm steht und fällt auch der Schluß, da der Untersatz nicht angegriffen werden kann.

H. A. Zachariä glaubt, daß v. Linde insofern sich von vorne herein auf einem unrichtigen Standpunkte befinde, als er, ausgehend von der wenigstens für Deutschland ganz unbestrittenen Wahrheit, daß der Landesherr der Inhaber der ungetheilten Staatsgewalt sei, den Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung auf eine ganz ungehörige Weise dazwischen mische [1]) und die positiven Verfassungsbestimmungen jenem Grundsatze gegenüber für bedeutungslos erkläre, wenigstens für alle Staatsbehörden und Unterthanen, als ob die Verfassung nur zum Besten der Landstände vorhanden wäre [2]). Genauer läßt sich dieser Vorwurf dahin auslegen, daß Hr. v. Linde vergessen hat, auch eine Form wie überhaupt, so hier die des Gesetzes als möglicherweise wesentlich anzuerkennen. Letzteres soll hier gerade der Fall sein. Hr. v. Linde beruft sich zwar auf die Worte Jordans (Allgem. u. deut. Staatsr., §. 168, Note 3.): „Das Wesen der Gesetze hängt nicht von der Form der Entstehung ab, sondern liegt in ihrer allgemeinen Verbindungskraft." Allein diese Worte haben

[1]) Vergl. Zöpfl, a. a. O., II, S. 607, Anm. 3: „Wenn auch Verordnungen, ebenso wie Gesetze, von dem Souverän ausgehen, so ist dabei doch nicht gleichgültig, ob die Vorschrift, selbst wenn sie eine allgemeine ist, von ihm in seiner Eigenschaft als Inhaber der gesetzgebenden oder als Inhaber der vollziehenden Gewalt ausgegangen ist."

[2]) Deutsches Staats- und Bundesrecht, II, 241; vergl. „Rechtliche Beleuchtung" S. 15 ff., Stockmar, a. a. O., S. 34.

Digitized by Google

bei Jordan einen ganz anderen Sinn. Jordan erklärt nämlich (a. a. O.): „Der Umstand, daß ... die Bundesgesetze Vertragsgesetze sind, hebt die gesetzgebende Function der Bundesgewalt nicht auf, da das Wesen der Gesetze nicht von der Form ihrer Entstehung abhängt, sondern in ihrer allgemeinen Verbindungskraft besteht." Die erwähnten Worte behaupten, daß der Begriff des Gesetzes nicht an Eine ausschließliche Art seiner Entstehung geknüpft sei, z. B. bloß an die Sanction des Einzelnen Souveräns, sondern möglicherweise auch an die vertragsmäßige Uebereinkunft Mehrerer: vielmehr liege das Charakteristische desselben — wie unsere Abhandlung sich gleichfalls aussprach — in der Allgemeinheit des mit ihm verbundenen rechtlichen Zwanges. Treffend bemerkt Stockmar (a. a. O.), daß, wenn keine wesentliche Form der Entstehung von Gesetzen anzunehmen wäre, auch die wesentlichen Kennzeichen des Gesetzes mangelten.

Niemand leugnet, daß der Grund der Rechtsverbindlichkeit einer Constitution im Willen des Souveräns und nicht im Consens der Stände zu suchen sei. Allein wie der erwähnte Grund der Rechtsverbindlichkeit der einzig verfassungsmäßige ist, so erscheint dessen Ausdruck nur dann als verfassungsmäßig, wenn er mit den verfassungsmäßigen Normen sich im Einklange befindet. Nicht ungeeignet ist das Bild, worin die ständische Mitwirkung der Schienenbahn verglichen wird. Kein Verständiger zieht zwar in Abrede, daß die Kraft, welche die Lokomotive forttreibt, in der Dampfkraft und nicht in den unterbreiteten Schienen liegt; daraus läßt sich aber nicht folgern, daß der Dampfwagen auch außerhalb der ihm angewiesenen Bahn in normaler Weise sich fortbewege. Wenn der Grund der Rechtsverbindlichkeit aller allgemeinen Rechtsnormen in dem landesherrlichen Willen liegt, aber für des letzteren Ausdruck verschiedene Formen festgesetzt sind, je nach der Natur des Objekts, auf das der Wille sich richtet; so ist nach den Grundsätzen der bloßen Logik diejenige Norm verfassungswidrig, welche das Objekt nicht in der zu dessen Normirung durch die Verfassung vorgeschriebenen Form normirt. Der verfassungsmäßige

Digitized by Google

Wille entbehrt des verfassungsmäßigen Ausdrucks, weshalb der Norm ihr rechtlicher Charakter mangelt.

Diese Einrede wird man von dem Standpunkte des Hrn. v. Linde aus nur mit Mühe widerlegen. Der unschätzbare Werth der v. Linde'schen Ausführung besteht an diesem Orte vorzüglich darin, daß sie namentlich den antimonarchischen Definitionen Feuerbach's [1]) gegenüber die Sanktion des Gesetzes durch den Monarchen als das Wesen desselben darstellt. Diese Anschauung scheint erst in der neuesten Zeit verstanden und festgehalten zu werden [2]).

Dem anderen Theile der v. Linde'schen Erörterung gegenüber, welcher aus dem Schwankenden der Bestimmungen über den Umfang von Gesetz und Verordnung auf die Schwierigkeit einer Definition des begrifflichen Unterschiedes schließt, erinnert schon das Gutachten der Tübinger Juristenfakultät an andere juristische Begriffe, welche sich gegenseitig begrenzen, ohne ihrem Umfange nach scharf geschieden zu sein. Aus diesem — sei es zufälligen, sei es in der Schwierigkeit der Sache begründeten — Mangel an genauen Distinktionen könne wenigstens in einem Systeme von Begriffen nicht geschlossen werden, daß eine Distinktion überhaupt unmöglich sei. Ein Unterschied der Begriffe existire jeden Falles.

Herr v. Linde richtet allerdings seinen Blick vorzüglich auf die deutschen Verfassungen. Der heutige Stand derselben ist dießfalls folgender: In Oesterreich, Lichtenstein, Greiz, Schaumburg-Lippe, Anhalt-Dessau, Anhalt-Cöthen, Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz, Lippe-Detmold und Hessen-Homburg haben die Stände kein entscheidendes Recht der Zustimmung zu den Ge-

[1]) A. a. O., S. 21. Vergl. auch Pfitzer, a. a. O., S. 109, §. 53.

[2]) Vergl. Bluntschli, a. a. O., I, S. 468: „Die Sanktion der Gesetze ist ein wesentlich positives Recht des Königs, Erfüllung und Vollendung der gesetzgebenden Gewalt, nicht Vollzug des Gesetzes, sondern Annahme, desselben. Vorher war es kein Gesetz. Erst durch sie wird es dazu."

Digitized by Google

setzen, sondern nur das Recht des Beiraths [1]). In Bayern gebührt den Ständen das Recht der Zustimmung zu den Gesetzen (V.-U., 1818, §. 2), welche die Freiheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffen. Das Nämliche gilt in Baden (V.-U., 1818, §. 65). Das Hannoversche Gesetz vom 5. Septbr. 1848, §. 65, beschränkt die Zustimmung der Stände auf den wesentlichen Inhalt der Gesetze. Als besondere Gegenstände, zu deren legislativer Regelung der ständische Consens gehört, heben außerdem hervor die V.-U. von Kurhessen (1852, §. 75); „die Steuern, die Rechtspflege und die Privatrechte"; das revidirte Grundgesetz von Weimar (1850, §. 4). „Die Landesverfassung, die persönliche Freiheit, die Sicherheit und das Eigenthum der Staatsbürger", das Grundgesetz von Meiningen (1829, §. 85, IV); „Eigenthum und Freiheit der Unterthanen, sowie Abgaben", das Grundgesetz von Altenburg (1831, §. 201). „Die Freiheit der Personen, das Eigenthum, die Grundverfassung und die Militäraushebung", das Patent von Nassau (1814, §. 2); „Die Sicherheit des Eigenthums, die persönliche Freiheit und die Verfassung [2])." Nur die Verfassungen von Preußen (1850, Art. 62), Sachsen (1831, §. 86), Württemberg (1819, §. 88), Hessen-Darmstadt (1820, §. 72), Luxemburg (1848, Art. 47), Coburg-Gotha (1852, §. 104), Braunschweig (1832, §. 98), Oldenburg (1852, Art. 106), Bernburg (1850, §. 72 u. 83), Sondershausen (1849, §. 100), Rudolstadt (1854, §. 24), Reuß j. L. (1852, §. 63) und Waldeck (1852, §. 6)

---

[1]) Vergl. auch bezügl. Lauenburgs, das Verf. Patent vom 20. Dezbr. 1853, §. 1.

[2]) Daß ein landesherrliches Gesetz über Verhältnisse, bezügl. deren die Mitwirkung der Stände ausgeschlossen ist, ein wahres und nicht nur ein provisorisches Gesetz sei, hat, wie auch Zöpfl (a. a. O. II, S. 607, n. 2) anerkennt, v. Linde (Arch. f. Civil-Pr., XVI, S. 306 ff.) unwiderleglich bewiesen.

Digitized by Google

räumen den Ständen ein entscheidendes Recht der Zustimmung zu allen Gesetzen ein.

Diese gedrängte Uebersicht beweist, daß die Unterscheidung zwischen den Gegenständen, welche nur mit ständischem Consense geregelt werden dürfen, und denen, welche blos Beirath oder gar keine Mitwirkung der Stände fordern, unter Umständen in der Mehrzahl der deutschen Staaten sehr schwer und in einzelnen Fällen unmöglich sein wird. Da nun zu dem auf Grund des geschichtlichen Ursprungs und nach der im Art. 57 der W. Sch. A. definirten Grundidee der Repräsentativ-Verfassung in Deutschland die Vermuthung stets für das Verordnungsrecht der Krone spricht, so mag allerdings die Besorgniß nahe liegen, daß durch die Ueberlassung der fraglichen Unterscheidung an die Behörden Rechtsunsicherheit und Verwirrung erzeugt und dadurch geradezu der Boden der staatlichen Ordnung unterhöhlt würde. Aus der praktischen Unausführbarkeit dieses Systems leitet v. Linde mit großem Rechte dessen politische Zweckwidrigkeit und juristische Grundlosigkeit ab. Vom Standpunkte des bestehenden deutschen Rechtes aus hat demnach v. Linde seinen Grundsatz ohne Zweifel vollständig aufrecht gehalten.

Die faktische Unmöglichkeit der Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung, aus welcher die Irrelevanz des Inhalts für die Verfassungsmäßigkeit der contrasignirten Rechtsnorm abgeleitet wird, bildet jedoch eine Unvollkommenheit der bestehenden Rechtsordnung, entspricht nicht dem Organismus des vernünftigen Staates und muß durch die allmählige Aufklärung und schärfere Fixirung der Begriffe von Gesetz und Verordnung überwunden werden [1]).

Es entsteht demnach die Frage, ob der v. Linde'sche

[1]) Vergl. über diesen Unterschied die Ausführungen meiner Anfangs des nächsten Jahres im Verlage der Ferber'schen Universitätsbuchhandlung zu Gießen erscheinenden „Allgemeinen Staatslehre gestützt auf geschichtliche Grundlage und christliche Principien." §. 70 ff., besond. S. 112.

Digitized by Google

Begriff der Verfassungsmäßigkeit, von anderen Gesichtspunkten aus betrachtet, nicht auch durch das allgemeine Staatsrecht und, falls jene Gesichtspunkte auch durch unsere positiven Gesetze begründet würden, auch durch das gem. d. St.-R., hier zum zweitenmal, seine Anerkennung finde? Dieser Grundsatz, dessen Unanfechtbarkeit wir hiermit behaupten, kann nur auf dem Wege bewiesen werden, welchen wir jetzt betreten.

Das unsere ganze Controverse entscheidende Moment entspringt nämlich der Lehre von den provisorischen Gesetzen. Daß diese bezüglich ihrer Rechtsverbindlichkeit an keine materiellen Schranken gebunden seien, beweist unter Widerlegung aller Einreden meine gekrönte Preisschrift über das „Staatsnothrecht" (1859) [1]) und wird eben deßhalb hier als bewiesen vorausgesetzt. Es interessirt uns demnach zunächst nur folgender Grundsatz: Vermöge politischer Nothwendigkeit und in Gemäßheit der jene anerkennenden positiven Verfassungsnormen ist der Souverän unter Umständen befugt, resp. verpflichtet, das provisorische Gesetz in der Form der bloßen Vollzugsverordnung, d. h. ohne die ausdrückliche Bezugnahme auf die Staatsnoth und das daraus entspringende Recht, sondern bloß mit Contrasignatur des verantwortlichen Ministers zu erlassen [2]). Begründen wir vorerst diese Thesis!

Zöpfl und Mittermaier stellen einfach den Satz auf: Kein Gesetz knüpfe an die Erwähnung des provisorischen Charakters irgend eine Rechtsfolge. Die erwähnten Gelehrten gehen somit von dem Gedanken aus, daß die provisorischen Gesetze überhaupt und eo ipso als solche jener Erwähnung entbehren können.

---

[1]) Vergl. auch die Einleitung in meine Schrift über „Ministerverantwortlichkeit und Staatsgerichtshöfe in Deutschland." Gießen 1859.

[2]) Im Reichs-St.-R. war diese Befugniß des Souveräns völlig unbestritten. Vergl. J. J. Moser. Von den kaiserl. Regrgs.-Rechten, 1772, S. 62, §. 16. Siehe allerdings auch Multz, repraesentatio imperii, II, S. 627.

Digitized by Google

Die Behauptung umfaßt somit die Gesammtheit der provisorischen Gesetze[1]).

Prüfen wir die bestehenden Verfassungen, so ergiebt sich, daß unter neun und zwanzig deutschen Verfassungen nur fünf[2]) dieselben Bestimmungen enthalten, welche mit obiger Behauptung nicht übereinzustimmen scheinen.

Es bestimmen nämlich:

1) Hannover (s. o. S. 114): „Bei Verkündigung derselben ist der Grund ihrer Ausnahme von der ständischen Mitwirkung zu erwähnen."

2) Weimar (s. o., N. 114): „Derartige provisorische Gesetze müssen bei ihrer Publikation im Regierungsblatte ausdrücklich als provisorische bezeichnet werden."

3) Coburg-Gotha: (s. o., N. 114). (Die provisorischen Gesetze werden erlassen) — unter dem ausdrücklich bei der Verkündigung auszusprechenden Vorbehalt der nachträglichen Zustimmung des betreffenden Landtags."

4) Oldenburg (s. o., N. 114): „Der Großherzog erläßt die Gesetze mit ausdrücklichem Bezug auf die erfolgte Zustimmung des Landtags, beziehungsweise auf die nach Art. 137, Z. 2 vorliegenden Umstände."

5) Waldeck, (s. o., N. 114) (übereinstimmend mit Oldenburg). „Er (der Fürst) verkündet die Gesetze mit Bezugnahme auf die Zustimmung der Landstände, beziehungsweise mit Bezugnahme auf §. 7."

Diese fünf Bestimmungen begründen aber kein formelles Kennzeichen, welches die bloß contrasignirte Ver-

---

[1]) Hiermit stimmt überein Held, System des Verfassungsrechts, II, 1857, S. 89, Note 1.

[2]) Stockmar citirt auch (a. a. O. S. 220, N. 6), die Mecklenburg-Schwerinsche Verf. v. 1849. Dieselbe wurde aber auf Klage der Ritterschaft durch schiedsrichterlichen Spruch v. 11. Sept. 1850 aufgehoben. Vergl. Urtheil des Schiedsgerichts ꝛc. Schwerin 1850.

Digitized by Google

ordnung von dem provisorischen Gesetze als solchem äußerlich durch ein objectives Merkmal unterscheidet.

Die Hannoversche Verfassung befiehlt nur, daß das Factum publicirt werde, welches die Ausnahme von der ständischen Mitwirkung begründet; mit andern Worten: der thatsächliche Grund des Gesetzes ist mitzutheilen, nicht aber die Erwähnung des ersteren als eines solchen, der die ständische Mitwirkung verbietet. Der thatsächliche Grund einer Norm wird aber in der Regel auch da publicirt, wo die ständische Mitwirkung nicht vorgeschrieben ist.

Selbst die Vorschrift Weimars, daß ein provisorisches Gesetz ausdrücklich als provisorisch bezeichnet werde, ordnet nur an, daß seine Beschränkung auf vorübergehende Geltung oder sein Interimscharakter zu erwähnen sei, was aber nach dem Wortlaute der Verfassung keineswegs bloß durch die wörtliche Bezeichnung desselben als eines „provisorischen" geschehen kann. Die Regierung wird nicht selten auch einer bloßen Vollzugsverordnung eine interimistische Geltung beilegen, so z. B. den Verwaltungsregeln für den Eisenbahnbetrieb bis zur Vollendung sämmtlicher im Staate projectirter Netze.

Ganz irrelevant erscheinen die Bestimmungen von Oldenburg und Waldeck, wonach auf die Dringlichkeit der Umstände ausdrücklich Bezug genommen werden muß. Ist ja doch von jeder landesherrlichen Verordnung, auch wenn sie ihrer Natur nach der ständischen Zustimmung nicht bedarf, anzunehmen, daß äußere Verhältnisse auf deren Publikation gedrungen haben. Die Erwähnung solcher drängenden Verhältnisse kann somit bei jeder contrasignirten Norm Statt finden, findet sogar in der Regel Statt und begründet deshalb kein unterscheidendes Kennzeichen des provisorischen Gesetzes im Gegensatze zur bloßen Verordnung. Zwar ist in Wirklichkeit die Art dieser dringenden Umstände sehr verschieden, indem das provisorische Gesetz eine außerordentliche Dringlichkeit voraussetzt; allein der bloße Wortlaut begrün-

Digitized by Google

det eine zu difficile und fast willkührliche Unterscheidung, als daß auf eine analoge Differenz der faktischen Verhältnisse geschlossen werden könnte.

Fast dasselbe gilt von Coburg-Gotha, wo der Vorbehalt nachträglicher landständischer Zustimmung im provisorischen Gesetze ausdrücklich ausgesprochen werden soll. Darüber besteht nämlich kein Streit, daß Alles, was in der Verordnung festgesetzt wird, auch im Gesetze festgesetzt, d. h. mit den Landständen verabschiedet werden kann. Wächter[1]) bezeugt, daß dies z. B. in Württemberg häufig geschehe, und häufiger als wünschenswerth, um den Rechten der Regierung Nichts zu vergeben. Wenn nun die Regierung hiervon abweicht, übrigens bestimmt, daß die Einholung des ständischen Consenses vorbehalten werde, so liegt darin nichts Außerordentliches. Diese Bemerkung kann unter Umständen auch bei den Vollzugsverordnungen ganz vernünftig erscheinen und bildet ebendeßhalb wenigstens kein Monopol des provisorischen Gesetzes.

Fassen wir den Charakter der vorliegenden Interpretation zusammen, so liegt derselben der Gedanke zu Grunde. Nur die ausdrückliche Bezugnahme auf den so und sovielten Paragraphen der Verfassung, welcher die Befugniß der provisorischen Gesetzgebung ausspricht, bildet ein bestimmtes äußeres Unterscheidungszeichen des provisorischen Gesetzes. Alle indirecte Bezugnahme auf den Inhalt des fraglichen Paragraphen ist zweideutig und deßhalb unerheblich. Unsere Interpretation ist denn auch eine keineswegs bloß denkbare, vielmehr stützt sie ihre Nothwendigkeit auf positive Rechtsregeln.

Fürs Erste würde durch Annahme der entgegengesetzten Auslegung eine particularrechtliche Singularität erzeugt, welche im Zweifel schlechterdings nie vermuthet werden kann.

Zweitens hat man — und das ist die Hauptsache — „im

[1]) A. a. O., II, 20, Note 6. Vergl. v. Mohl, Württ. Staats-R., 2. Aufl. I, 68.

Digitized by Google

Zweifel überhaupt nicht anzunehmen, daß eine gewisse Vorschrift der Gesetze, welche eine Willenserklärung betrifft, eine Förmlichkeit für diese festsetze [1])."

Nicht mit Unrecht hat man eine Analogie aus dem Privatrechte geltend gemacht und z. B. daran erinnert, daß wohl Niemand geneigt sein würde, die gesetzliche Vorschrift, welche die Zuziehung von sieben Solennitätszeugen zum Privattestamente gebietet, als den Ausdruck eines Princips für alle Verfügungen auf den Todesfall zu betrachten, selbst wenn nicht ausdrückliche Vorschriften erleichterte Formen für sonstige letztwillige Acte festsetzen.

Sehr difficil scheint allerdings die Anwendung jenes Grundsatzes durch das Heidelberger Gutachten (in Sachen Hannovers) zu sein.

§. 145 des Grundges. vom 26. September 1833 bestimmt: „In dem jährlich erforderlichen Ausschreiben soll der ständischen Bewilligung besonders erwähnt werden." Die Heidelberger J.-Facultät rechnet aber diese Erwähnung aus dem Grunde, weil „der §. 145 die Erwähnung der ständischen Bewilligung nirgends für eine Förmlichkeit des Steuerausschreibens erklärt", nicht zu einer Bedingung, von welcher die verbindende Kraft des Ausschreibens und die Verbindlichkeit der Unterthanen, die Steuern zu entrichten, abhängen solle.

Stockmar tritt nun gegen die Ansicht auf, daß die Geltung des provisor. Gesetzes keineswegs von der genügenden äußern Kennzeichnung seines provisor. Charakters abhänge. Er abstrahirt von „den juristischen Gründen, welche jene Form nothwendig machen" und behauptet deren hohe Zweckmäßigkeit. Letztere wird von doppeltem Gesichtspunkte aus eingesehen [2]).

Auf der einen Seite sei da Beobachtung der Form sehr leicht

---

[1]) Gutachten der Juristenfacultät in Heidelberg (in Sachen Hannovers), a. a. O., S. 67.

[2]) A. a. O., S. 220—221.

Digitized by Google

und lege jener außerordentlichen Gewalt des Fürsten gar keine reelle Beschränkung auf, sondern verhindere sie nur, den ordentlichen Gesetzgebungsmodus ganz zu absorbiren. Auf der andern Seite sei es für die Unterthanen, insbesondere die Stände, aus verschiedenen Gründen von Wichtigkeit, gleich Anfangs zu wissen, ob eine ohne ständische Zustimmung gegebene Constitution als Verordnung mit provisorischer Gesetzkraft zu betrachten sei. „Erstens schreiben viele deutsche Verfassungen vor, daß solche Verordnungen demnächst den Ständen vorzulegen seien, was nach H. A. Zachariä und v. Mohl überhaupt im Zweifel anzunehmen ist. Noch wichtiger aber wird die Form da, wo nach Vorschrift der Verfassung die Verordnung bei nicht erfolgter ständischer Zustimmung von selbst außer Kraft tritt, was v. Mohl sogar im Zweifel annimmt. (Vgl. Weimar, Verf., 1852, §. 61; Braunschweig, V.-U., §. 120; Reuß, j. L., V.-U., 1852, §. 67; Coburg-Gotha, V.-U. 1852, §. 130)."

Offenbar entbehrt die Stockmar'sche Einrede einer gewissen Wahrheit nicht. Man kann schwerlich auf den ersten Anblick und ohne Herbeiziehung anderweitiger Gesichtspunkte einsehen, inwiefern vom Standpunkte der Politik aus die Regierung ein provisorisches Gesetz nicht als solches in geeigneter Weise kennzeichnen sollte, wenn auch eine juristische Verpflichtung schlechterdings nicht vorliegt.

In der That werden ohne Zweifel die meisten Verordnungen, welche den Charakter provisorischer Gesetze an sich tragen sollen, ausdrücklich als solche bezeichnet. Dieß ist aber ganz etwas Anderes, als die Bemerkung Stockmar's, welche als Probe historischer Begründung erwähnt werden mag. „Fragen wir, wie sich die Praxis gestaltet habe, so wird sich wohl kaum ein Beispiel aufzeigen lassen, wo eine als provisorisches Gesetz beabsichtigte Verordnung ohne Beobachtung jener Form erlassen wäre. Selbst die Kurhessischen Verordnungen vom 4., 7. und 28. September 1850 nahmen noch auf §. 95 der Verfassung Bezug. In Preußen wird regelmäßig der Art. 63 der Verfassung allegirt. Außerordentlich zahlreich sind die provisorischen Gesetze in Dessau

Digitized by Google

und Cöthen in den Jahren 1848 bis 1850 gewesen. Ueberall aber findet sich jene Form beachtet [1])."

Man muß zuvörderst fragen: Woher weiß denn Stockmar, daß diese Verordnungen als provisorische zu erlassen beabsichtigt war? Antwort — aus der Form. In unserm Falle reden wir aber gerade von einem provisorischen Gesetze, welches dieses charakteristischen Kennzeichens entbehrt: somit von Verordnungen, wodurch die Stände ihr Zustimmungsrecht für beeinträchtigt halten. Eine Seltenheit dieser Fälle ist nicht zu behaupten. Wollte nun Stockmar die Praxis in Bezugnahme oder Nichtbezugnahme des provisorischen Gesetzes auf den Nothstand schildern: so müßte er, um seine obige Behauptung aufrecht zu erhalten, beweisen, daß in allen Verordnungen, wodurch die Stände ihr Zustimmungsrecht für gekränkt erachten, kein provisorisches Gesetz beabsichtigt war. Dieß könnte nur dann ermöglicht sein, wenn die ständische Beschwerde in jedem einzelnen Falle die Einrede des Ministers begründen müßte. Allein das Regelmäßige wird sein und war bisher, daß auf erhobene ständische Beschwerde die Regierung jene beanstandete Verordnung einfach außer Kraft setzt. Angenommen übrigens die jedesmalige Erklärung des Ministers darüber, ob eine nachträglich beanstandete Verordnung als solche oder als provisorisches Gesetz zu erlassen ursprünglich in der Absicht gelegen war: so ist erfahrungsmäßig und liegt in der Sache, daß — gerade im Widerspruch mit Stockmar's Hypothese — die Vertheidigung der Norm sich auf deren Einklang mit den damaligen factischen Verhältnissen stützen, den außerordentlichen Inhalt der ersteren durch der letzteren Abnormität rechtfertigen und dadurch die Verordnung als provisorisches Gesetz darstellen wird. Stockmar beweist, daß alle provisorischen Gesetze auf den Nothstand Bezug nehmen, indem er voraussetzt, daß nie Gesetze als provisorische beabsichtigt waren, welche diese Bezugnahme wirklich enthalten. Er begeht eine petitio principii.

[1]) A. a. O., S. 221.

Digitized by Google

Immerhin aber mag die Beweisführung Zöpfl's und Mittermaier's zum Mindesten etwas gezwungen sein, juristisch haltbar, politisch unbegründet, moralisch zweideutig.

Vielmehr gehen wir davon aus, daß zwar im Gegensatze zu Zöpfl und Mittermaier die Nothwendigkeit jener Form als begründet anzusehen ist, sobald man die Gesammtheit der provisorischen Gesetze in's Auge faßt. Dagegen ist absolut unleugbar die Befugniß der Regierung, ausnahmsweise ein provisorisches Gesetz ohne die Erwähnung seines dießfallsigen Charakters zu erlassen. Unsere Abhandlung über das Staatsnothrecht hat weitläufig bewiesen, daß der Souverän im Nothstande des Staates an keine die Legislation einschränkende Form gebunden ist [1]). Nun sind Fälle sehr wohl denkbar, welche — sei es in Anbetracht innerer politischer Gährung, die das Ansehn der Regierung gefährdet und deren machtbewußtes Auftreten herrisch gebietet, sei es in Anbetracht z. B. der die Einhüllung außerordentlicher Maßregeln in die gewöhnlichen Formen wünschenswerth machenden freundlichen oder feindlichen Beziehungen zum Auslande — ein provisorisches Gesetz fordern, das auch jede Spur irgend welchen Gebundenseins an formelle Grenzen verschmäht. Eigenthümliche Verwicklungen können eine derartige Abstreifung als die höchste politische Nothwendigkeit erscheinen lassen, von deren richtiger Erkenntniß eine Summe unveräußerlicher moralischer oder physischer Güter abhängt. Dergleichen Verwicklungen werden immerhin selten sein; aber sie sind möglich. Die thatsächliche Existenz derselben ist nun, wie für die wissenschaftliche Erörterung überhaupt, so im praktischen Leben für die Beurtheilung der Verfassungsmäßigkeit des entsprechenden Schrittes irrelevant, da weder die das Gesetz Anwendenden, noch die das-

---

[1]) Mit dem in unserer Abhandlung über das Staatsnothrecht öfters angeführten Anerkenntniß dieses Satzes durch Bluntschli hat letzterer auch den erwähnten Vordersatz aufgestellt, in dessen Consequenz die Entscheidung der Hauptfrage in unserem Sinne liegt.

Digitized by Google

selbe befolgenden Unterthanen jene Frage beantworten dürfen, resp. können. Allerdings kann man einwenden, daß hier eigenthümlicher Weise zwei Punkte zusammenfallen. Der Souverän ist befugt, ein provisorisches Gesetz ohne die fragliche Form zu erlassen, weil er überhaupt in dem Erlasse desselben omnipotent ist; allein die Vorfrage liegt eben darin: Gibt es überhaupt ein provisorisches Gesetz ohne jene Form? Mit andern Worten: Läßt sich erkennen, ob eine Norm die Bedeutung eines provisorischen Gesetzes hat, wenn sie nicht ausdrücklich sich als solche zu erkennen gibt? —

Das entscheidende Moment ist folgendes:

Nach deutschem Staatsrechte urtheilt der Souverän selbst und alleinig [1]) über die Frage: ob eine und welche Anwendung des Staatsnothrechtes durch die faktischen Verhältnisse gestattet, resp. geboten werde. Er ist nur gehalten, diesen seinen Willen zu erkennen zu geben, d. h. das provisorische Gesetz als solches zu charakterisiren. Letzteres geschieht entweder durch die ausdrückliche Bezugnahme auf den das Staatsnothrecht normirenden Verfassungsparagraphen oder aber durch eine concludente Handlung, welche nun gerade darin liegt, daß eine Norm, die der ständischen Zustimmung dem Objecte nach bedurft hätte, ohne solche in der Form der bloßen Verordnung erzeugt wird und gleichwohl ihre Verbindlichkeit, somit auch ihre Verfassungsmäßigkeit, behauptet.

Wohl möchte man zu der Einrede versucht sein, daß jene Concludenz ungenügend sei, indem der Souverän möglicherweise könnte kein provisorisches Gesetz haben erlassen wollen, vielmehr eine bloße — als solche aber verfassungswidrige — Vollzugsverordnung.

---

[1]) Vergl. Bluntschli, a. a. O., II, S. 111, welcher hiermit dem in der vorigen Note erwähnten Obersatz den Untersatz beifügt, woraus der Schlußsatz von selbst sich ergeben wird.

Digitized by Google

Man könnte zwar die Möglichkeit zugeben, daß der Souverän einer Norm gerade durch deren Erlaß in der Form der bloßen Verordnung als vermittelst einer concludenten Handlung den Charakter des provisorischen Gesetzes zutheilen wolle: daneben aber leugnen, daß diese bloße Möglichkeit zugleich und überall als wirkliche Thatsache anzunehmen sei, wo die Form der Verordnung dem Inhalte nicht entspricht. Eine derartige Präsumtion finde die genügende Begründung keineswegs darin, daß die Norm ihre Vollziehung fordere trotz des erwähnten Widerspruches, da der Souverän möglicherweise des letzteren sich gar nicht bewußt geworden sei. Es ließe sich sonst denken, daß eine Verordnung als verfassungsmäßig zur Vollziehung komme, ungeachtet dieser Erfolg dem bewußten Willen des Souveräns widersprechen würde. Somit übrige die rechtliche Entscheidung der Frage: *ob und warum die blos mögliche Absicht, einer Norm vermittelst der erwähnten concludenten Handlung den Charakter des provisorischen Gesetzes zu ertheilen, stets als vorhanden zu betrachten sei?* — Dieses Bedenken wird übrigens durch *Rechtsregeln beseitigt, welche zu keiner Zeit bestritten worden sind und ihrer Natur nach keinem Zweifel unterliegen können.*

Knüpfen wir — um die einschlägige Bedeutung nur zu erörternden Rechtsregeln genauer an's Licht zu kehren — an deren analoge Anwendung durch *Zöpfl* an!

In den *früheren Auflagen* seines Lehrbuches hatte *Zöpfl*, um die unbedingte Verfassungsmäßigkeit einer jeden contrasignirten Norm zu begründen, einen andern Weg eingeschlagen, als in der *jüngsten* Ausgabe seines gediegenen Staatsrechts. Er ging zwar gleichfalls von dem provisorischen Gesetzgebungsrechte aus, schloß aber folgendermaßen: „Da von keiner allgemeinen Verordnung anders vermuthet werden darf, als daß sie durch das Bedürfniß und dringende Umstände hervorgerufen worden sei, so kann auch in der constitutionellen Monarchie die

Digitized by Google

Praxis nicht umhin, jeder von dem Souverän ausgegangenen Verordnung eine wenigstens interimistische Verbindlichkeit beizulegen, bis sie auf eine von den Landständen erhobene Reclamation von der Regierung außer Wirksamkeit gesetzt worden ist."

An und für sich ist dieser Beweis durchaus ungenügend. Die regelmäßige Form des provisorischen Gesetzes charakterisirt letzteres als solches. So lange nicht bewiesen, daß die Regierung unter Umständen befugt, resp. verpflichtet ist, ein provisorisches Gesetz in der bloßen Form der Vollzugsverordnung zu publiciren; daß also die Verfassung mit der positiven Sanction jener Unterschiedslosigkeit in negativem Ausdruck die Verfassungsmäßigkeit jeder Rechtsnorm sanctionirt, welche nur jene indifferente Form aufzeigt: so lange fehlt alle Grundlage, wodurch die Vollzugsverordnung mit dem provisorischen Gesetz in Zusammenhang gebracht werden könnte. Daß jede landesherrliche Norm „durch das Bedürfniß und dringende Umstände hervorgerufen" wird, ist im Allgemeinen anzunehmen. Darin liegt aber nur eine Präsumtion der Zweckmäßigkeit der erlassenen Norm. Daß jene dringenden Umstände außerordentlicher Natur seien, kann dagegen nicht vermuthet werden, wie Stockmar [1]) ausführlich nachweist. Ungewöhnliche Zustände, sagt Letzterer, sind nicht zu präsumiren, während man nach Zöpfl's Ansicht annehmen müßte, die deutschen Staaten befinden sich perennirlich in außerordentlichen Umständen.

Jener Satz Zöpfl's dürfte höchstens den Inhalt des fr. 51, §. 2 (9, 2.) ausdrücken: Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui. Man muß im Zweifel den Willen des Gesetzgebers präsumiren, nach welchem das Gesetz am wenigsten der Vorwurf der Ungereimtheit trifft; letzteres ist aber dann der Fall, wenn man die fragliche Norm als bloße Vollzugsverordnung auffaßt, wodurch sie in Folge des Widerspruchs zwischen Inhalt und Form als (verfassungswidrig und) unanwendbar erscheint, während umgekehrt,

[1]) A. a. O., S. 216.

Digitized by Google

falls dieselbe als provisorisches Gesetz betrachtet wird, ihre (Verfassungsmäßigkeit und) Anwendbarkeit keinem Zweifel unterliegt. Aber auch diese Interpretation setzt voraus, daß ein provisorisches Gesetz, welches sich nicht als solches kennzeichnet, ein formell verfassungsmäßiges sei. Den nothwendigen Vorbeweis hat Zöpfl nicht vorausgesetzt.

Dagegen erinnert der Zöpfl'sche Gedanke an Rechtsregeln, welche die von uns bereits erörterte Beweisführung vor einem denkbaren Einwande schirmen. Man könnte nämlich — wie gesagt — bemerken, daß unter den bloß contrasignirten Normen die Mehrzahl nur in Vollzugsverordnungen besteht, während die provisorischen Gesetze die Ausnahme bilden, und die Frage aufwerfen: Warum hat man im Zweifel die Existenz der Ausnahme zu vermuthen?

Die Begründung unserer Lehre der vorstehenden Einrede gegenüber, ist in doppelter Weise auf allgemeine Rechtsregeln gestützt.

Die entscheidenden allgemeinen Rechtsregeln sind nämlich fr. 51. §. 2. (9, 2) im angegebenen Sinne und: Praesumantur leges sancte et pie conditae [1]). Im Zweifel ist a) eine Auslegung zu vermeiden, welche der höchsten Staatsgewalt die verbrecherische Absicht des Verfassungsbruches unterschiebt, während die andere Exegese ihre verfassungsmäßige Wirksamkeit constatirt; b) eine Auslegung, welche die Unwirksamkeit der Norm herbeiführen würde, während diese durch eine anderweitige und gleichfalls zulässige Anschauung aufrecht gehalten wird.

Unterwerfen wir übrigens jene beiden Rechtsgrundsätze in Anbetracht ihrer Bedeutung für die Entscheidung der vorliegenden Frage noch einer speciellen Kritik!

Der Inhalt des fr. 51. §. 2. (9, 2) ist ganz allgemeiner

---

[1]) Menoch, de praes., Lib. 2, praes. 2. Vergl. Théorie du droit const. français par Félix Berriat Saint-Prix. 1851. Nr. 725: Dans le doute la loi est presumée constitutionelle. — v. Mohl, W.-St.-R. S. 22, Nr. 12.

Digitized by Google

Natur und bezieht ſich auf alle Rechtsgeſchäfte. Die röm. Quellen ſprechen dieſes Prinzip in den verſchiedenſten Formen aus. Vrgl. fr. 12 de rebus dubiis (34, 5). „Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.“ fr. 80 de verborum obligationibus (45, 1). „Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur in tuto sit.“ Freilich wurden dieſe Regeln von dem röm. Juriſten zunächſt auf privatrechtliche Verhältniſſe bezogen [1]). Allein es iſt nicht einzuſehen, warum Gedanken, welche ſich auf die allgemeine Natur der Willensbethätigung in der Sphäre des Rechts gründen, auf ein beſtimmtes Gebiet des letzteren abgegrenzt werden ſollen. Die röm. Juriſten allerdings beſchränkten ſich auf deren Anwendung im Privatrecht, weil das öffentliche Recht ihrer Thätigkeit keinen Raum gewährte; der Satz: quod principi placuit etc., wodurch jede Geltung vernünftiger Grundſätze principiell dem Zufall anheim geſtellt wird, ſtand der Natur der Sache gemäß weniger der feſten Ausbildung des Privatrechts, als vielmehr einer conſequenten Entwicklung des Staatsrechts im Wege. Andere Juriſten ſind von der Meinung ausgegangen, daß Interpretationsregeln des röm. Rechts überhaupt und ſomit auch die oben angeführten Fragmente auf das jetzige Staatsrecht keine Anwendung leiden können, weil ſie dadurch ſelber ſtaatsrechtliche Normen würden, während das röm. Staatsrecht der Regel nach für uns keine Geltung habe [2]). Wir vermiſſen aber den Beweis, inwiefern das röm. Recht gerade in Bezug auf die Interpretationsregeln heutzutage der Anwendbarkeit in ſtaatsrechtlichen Fragen entbehre. In der Natur der Sache liegt bloß, daß diejenigen röm. Rechts-

[1]) Vergl. z. B. fr. 41, pr. de V. O. 45, 1; fr. 4 de cord. instit. 28, 6. fr. 22, pr. de usu. 7, 8; fr. 1, §. 5, de hered. inst. 28, 5.

[2]) Vergl. Stockmar, a. a. O., S. 60. Vollert, a. a. O., S. 640.

Digitized by Google

sätze der Geltung als gemeines deutsches Recht entbehren, welche mit der Eigenthümlichkeit der speciell röm. Verfassung zusammenhängen, z. B. fr. 31. (1, 3) princeps legibus solutus est. Wo sich aber eine Analogie des rechtlichen Verhältnisses nachweisen läßt, z. B. bei den Rescripten des Souveräns, da entscheidet zutreffenden Falles das röm. Recht. Am sichersten und unbeschränktesten erscheint des letzteren Anwendung in den allgemeinen Lehren über dolus, error, vis, protestatio und besonders die Interpretation [1]). Der behauptete Uebergang derselben in staatsrechtliche Normen bezieht sich nicht auf die Materie, sondern blos auf die formelle Stellung; der Inhalt ist ein logisch-universeller und gerade deßhalb von der Verschiedenheit der Rechtstheile, auf welche er angewendet wird, unabhängiger (doctrinae universales). Steht somit, woran Niemand zweifelt, der Grundsatz als allgemeines Recht fest, daß der Richter zwischen zwei Anschauungen über die Bedeutung einer Willenserklärung, welche der letztern Form nach gleich möglich sind, diejenige zu verwerfen hat, wonach die Erklärung unwirksam bliebe; so spricht nothwendiger Weise auch in unserem speciellen Falle die Vermuthung dafür, daß einer Norm, welche der äußern Erscheinung nach nicht nur als Vollzugsverordnung, sondern auch als provisorisches Gesetz aufgefaßt werden kann, stets und unter allen Umständen der letztere Charakter zukomme, weil sie durch die erstere Anschauungsweise sich als (verfassungswidrig und) unvollziehbar sich herausstellen würde.

Der zweite Grundsatz: praesumantur leges sancte et pie conditae! verstärkt die Beweiskraft des ersteren, insofern dieser nicht auf Willenserklärungen überhaupt angewendet wird, wozu er seiner Natur nach befähigt ist, sondern einen speciellen Zusammenhang mit dem Ausspruche der Staatsgewalt eingeht. Die Rechtsregel, welche unter mehreren denkbaren Anschauungen einer Willenserklärung derjenigen den Vorzug gibt, welche der Bedeutung des Willens eine äußere Wirksamkeit sichert, argumentirt aus der Form der Erklärung auf den Inhalt des Willens. Den

[1]) Vergl. Zöpfl, a. a. O., I, S. 127.

Digitized by Google

umgekehrten Weg schlägt die Vorschrift des praesumantur leges ein, indem sie von dem Standpunkt des subjectiven Willens ausgeht. Es liegt in der Natur der Dinge selbst, daß der Wille der höchsten Staatsgewalt als verfassungsmäßig zu präsumiren ist, als sachgemäß durchdacht und reiflich geprüft, als im Einklange befindlich mit den Interessen des Staates und somit — falls diese Präsumtion an der Annahme einer andern Form scheitern sollte — als provisorisches Gesetz. Denn das ist nun einmal das normale Verhältniß und die unabweisbare Voraussetzung eines gesunden menschlichen Lebens, daß in allen Sphären der einem höheren Willen Untergeordnete des Ersteren sittlich rechtliche Vereinbarung mit den eigenen Pflichten in allen Stücken vermuthet.

Die entgegenstehende Annahme würde zu der naturwidrigen Meinung beirren, daß der Diener, das Hauskind, der Schüler als Richter über dem Herrn, dem Vater oder dem Meister stehe; daß der weniger Gebildete oder Besitzlose eine gewichtigere Garantie für die Rechtmäßigkeit einer Anordnung biete, als das Innehaben der jenen Mängeln entsprechenden Vorzüge. Der praktische Erfolg jener Insubordination bestünde darin, daß der Geist des Widerspruchs mit lächerlichem Dünkel die Stelle hingebender Treue einnähme, um die Entwicklung höherer Kräfte zu lähmen und den Einklang der äußeren Ordnung überhaupt zu zerstören. Positivrechtliche Anerkennung findet die fragliche Präsumtion im Bereiche des Staatsrechts durch die Verantwortlichkeit der Minister, woraus unmittelbar sich der letztern Befugniß ableitet, den Wirkungskreis der untergeordneten Beamten zu bestimmen. Die Pflicht der Behörden, den Willen der höchsten Staatsgewalt — insoweit diese sich verantwortlich macht — unbedingt auszuführen, setzt aber die stete Präsumtion seiner Legalität voraus. Denn Niemand behauptet, daß irgend eine Verpflichtung zum Vollzug einer illegalen Handlung vorliegen könne; vielmehr gründet die Pflicht der vollziehenden Organe, einem der subjectiven Ansicht der Behörde nach verfassungswidrigen Befehle nachzukommen, auf der Voraussetzung, daß dieser Widerspruch in der allseitigen und reiferen Anschauung des Vorgesetzten sich löse,

Digitized by Google

d. h. auf der Pflicht, den Willen der höchsten Staatsgewalt als legal zu präsumiren.

Eine nähere Betrachtung der beiden eben kritisirten Grundsätze führt dahin, daß dieselben sogar dann für die Vollziehbarkeit und eben deßhalb auch für die Verfassungsmäßigkeit aller landesherrlichen Verordnungen sprechen, wenn die Regierung ausdrücklich erklärt, jedes provisorisches Gesetz als solches äußerlich kennzeichnen zu wollen. Denn die Möglichkeit bleibt immer übrig, daß die Regierung aus höheren Gründen des Staatswohls sich einmal verpflichtet sehe, ein provisorisches Gesetz *nicht* als solches zu bezeichnen. Je seltener gerade dieser Fall sich ereignen wird, um so näher liegt für die Behörden und Unterthanen die in Frage stehende Vermuthung.

Die *Unumstößlichkeit des Grundsatzes wurde somit unter Widerlegung sämmtlicher Einreden aufrecht erhalten*, und zwar als Satz des *allgemeinen*, wie des *gemeinen deutschen* Rechtes. — Die *verfassungsmäßige Form* der *Vollzugsverordnung* ist in dem vorausgesetzten Falle und Sinne identisch mit der *verfassungsmäßigen Form des provisorischen Gesetzes*. Wird nun eine allgemeine landesherrliche Rechtsnorm publicirt, welche weder der Stände noch des Staatsnothrechtes erwähnt, wohl aber contrasignirt ist; so entsteht die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit derselben. Der Inhalt widerspricht dem Charakter der Vollzugsverordnung, indem nach der Verfassung über Objecte dieser Natur der Souverän nicht allein, sondern nur unter Mitwirkung der Stände eine legislative Bestimmung trifft. Es existirt zunächst eine doppelte Möglichkeit. 1. Entweder haben die Stände consentirt, ohne daß ihres Consenses in der Publikation der Rechtsnorm gedacht ist; oder aber 2. der Landtag hat sei es — keine Gelegenheit zur Mitwirkung überhaupt erhalten, sei es — seinen Consens verweigert. In beiden Fällen ist eine Verfassungswidrigkeit denkbar, aber nicht nothwendig. Dieselbe ist denkbar, insofern während der regelmäßigen normalen Periode des Staatslebens der erste Fall eine verfassungswidrige Form der Publikation, der

Digitized by Google

zweite eine verfassungswidrige Form der Entstehung begründet; derselbe ist aber nicht nothwendig, insofern in der anomalen Periode des Staatslebens die Staatsnoth den Souverän berechtigt, resp. verpflichtet, im ersten Falle das Factum des ständischen Consenses nicht zu erwähnen, im zweiten die Norm überhaupt ohne ständische Mitwirkung zu publiciren. Die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit der oben erwähnten Rechtsnorm hängt sonach von der Frage ab: Ist jene ein provisorisches Gesetz oder nicht? — Diese Frage kann nun weder aus der Form, noch aus dem Inhalte der vorliegenden Norm beantwortet werden, weil weder der eine noch der andere ein charakteristisches und ausschließliches Kennzeichen des provisorischen Gesetzes enthält; vielmehr nur aus dem Verhältnisse zwischen Form und Inhalt so viel hervorgeht, daß, wenn die Norm kein provisorisches Gesetz ist, sie entweder als eine Vollzugsverordnung und als solche als verfassungswidrig dem Inhalte nach, oder als ein eigentliches Gesetz, aber als ein verfassungswidriges der Form nach zu betrachten ist.

Der einzige Standpunkt, von dem aus die Frage entschieden werden kann, ist der rein politische, welcher die factischen Verhältnisse in's Auge faßt und nach deren Einklang mit der Erlassung der Norm als eines provisorischen Gesetzes fragt. Diesen Standpunkt zu betreten, ist aber thatsächlich unmöglich, gesetzlich verboten, wie solches in der That nicht bestritten ist, und zudem schon oben mußte bewiesen werden. Damit ist nun zugleich die Einrede beseitigt, „daß die Präsumtion, wonach eine der Form nach verfassungswidrige Verordnung stets als prov. Gesetz zu betrachten wenigstens durch den Beweis des Gegentheils entkräftigt werde", da letzterer stets unmöglich ist.

Die Unmöglichkeit der fraglichen Erkenntniß ist zunächst allerdings eine rein factische. Allein die factische Unmöglichkeit bildet die stricte Consequenz einer im positiven Rechte als solche anerkannten politischen Nothwendigkeit, der landesherrlichen Befugniß, provisorische Gesetze in der Form der bloßen Vollzugsverordnung zu erlassen. Die factische

Digitized by Google

Unmöglichkeit ist somit als eine zu Recht bestehende, als eine rechtlich gewollte, anzuerkennen. Ebendeßhalb kann auch die äußere Ursache jener factischen Unmöglichkeit, die Unterschiedslosigkeit oder Identität der Form des provisorischen Gesetzes und der Vollzugsverordnung, nur eine zu Recht bestehende und in der Verfassung begründete sein. Darin liegt nun nichts Anderes, als der indirecte Ausdruck des Satzes: Jede contrasignirte allgemeine landesherrliche Norm ist, ihres Inhalts unbeschadet, eine verfassungsmäßige. Indem nämlich die Verfassung bestimmt: Es ist verfassungsgemäß, daß durch die Anwendung Einer und derselben Form die Unmöglichkeit der durch die Verschiedenheit der Form bedingten Erkenntniß des im Verhältnisse zur Form verfassungsmäßigen oder verfassungswidrigen Inhalts erlaubt, resp. befohlen wird, — bestimmt dieselbe zugleich, daß der Inhalt irrelevant ist für die Beurtheilung des Charakters der Verfassungsmäßigkeit. Die Verfassungsurkunde geht hierin vom Standpunkte der Staatsklugheit aus. Jene Identificirung der Form, durch welche die Irrelevanz des Inhalts für die Beurtheilung des verfassungsmäßigen Charakters erzeugt wird, ist durch das Wesen und den Zweck der provisorischen Gesetzgebung gefordert. Nun würde offenbar unpolitisch sein, aus Besorgniß vor möglichem Mißbrauche eine der wichtigsten Consequenzen jenes absolut nothwendigen Instituts zu verbieten. Insofern aber umgekehrt die Verfassung jene Consequenz rechtlich sanctionirt, ist auch die dadurch bedingte Irrelevanz des Inhalts als des fraglichen Criteriums eine verfassungsmäßige. So erklärt sich, warum der verfassungsmäßige Begriff der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen von dem Inhalte gänzlich abstrahirt und nur die Form der Contrasignatur vor Augen hält[1]).

---

[1]) Vergl. Zöpfl, a. a. O., II, 633. Hiermit ist zugleich die Frage entschieden, ob der Souverän auch durch eine ausdrückliche Verordnung die Contrasignatur als ausschließliches Merkmal der Verfassungsmäßigkeit beanstandeter Normen festsetzen könne? Vergl. die Vertheidigung des permanenten

Digitized by Google

C.

Widerlegung der gegnerischen Einreden von I. Stockmar.

So folgerichtig die erwähnten Consequenzen sind, kann doch nicht unterlassen werden, einigen Einreden ausdrücklich zu begegnen; übrigens steht nur Eine derselben mit unsrer Construction des Begriffs der fraglichen Verfassungsmäßigkeit in directem Zusammenhange.

Stockmar gibt zu, daß Niemand zu prüfen befugt ist, ob die Umstände vorlagen, welche verfassungsmäßig den Erlaß eines provisorischen Gesetzes motiviren; daß also des letztern Inhalt kein Criterium für die Beurtheilung seiner Verfassungsmäßigkeit abgibt. Dennoch leugnet er, daß jede ohne ständische Zustimmung erlassene Constitution ohne Weiteres anzuwenden ist, weil sie eine Verordnung mit provisorischer Gesetzeskraft sein kann, und kein Mittel vorliegt, zu erkennen, ob sie es ist oder nicht [1]).

Das Recht, provisorische Gesetze zu erlassen, trete in den hier in Betracht kommenden Fällen, gegenüber der Gesetzgebung mit ständischer Zustimmung, als Ausnahme auf. „Wenn aber in einem Gesetz die ausgenommenen Fälle so wenig genau bestimmt sind, daß man sie von den unter die Regel fallenden nicht zu unterscheiden vermag, so daß es nöthig ist, Regel oder Ausnahme aufzugeben, so muß man doch wohl im Zweifel bei der Regel stehen bleiben."

Stockmar glaubt nun, wenn im vorliegenden Falle die Ausnahme nicht ganz Preis gegeben werden solle, so sei anzunehmen, es gebe irgend ein äußeres Merkmal, woran sich Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft von andern Verordnungen unterscheiden lassen. Er sucht dieß darin, daß eine

Ausschusses (a. a. O., S. 49), gegenüber dem Göttinger Gutachten a. a. O., S. 167.

[1]) Vergl. Zöpfl, a. a. O., II, 633.

Digitized by Google

solche Verordnung sich irgendwie selbst als Verordnung mit provisorischer Gesetzeskraft zu erkennen gebe, sei es, daß sie sich als eine solche oder als provisorisches Gesetz bezeichne, oder auf die betreffende Bestimmung der Verfassung hinweise, oder ihre Veranlassung durch außerordentliche, besonders dringende Umstände erwähne und ständische Genehmigung vorbehalte.

Diese Einrede ist sehr eigenthümlich. Sie soll die Controverse lösen: ob aus dem Mangel an formellen und inhaltlichen Unterscheidungszeichen die gleichmäßige äußere Giltigkeit zweier der innern Natur nach verschiedenen Normen hervorgehe? Die Voraussetzung, von welcher Stockmar ausgeht, besteht gerade in dieser formellen Unterschiedslosigkeit des provisorischen Gesetzes und der Verordnung. Die einzige Frage, welche er zu beantworten hat, ist mit andern Worten die: Spricht die Rechtsvermuthung bei solchen Normen für die Existenz einer als solche verfassungswidrigen Vollzugsverordnung oder aber für die eines verfassungsmäßigen provisorischen Gesetzes? —

Diese Frage wurde bereits oben von uns erledigt.

Dafür bekämpft Stockmar denjenigen Punkt, der als bewiesen angenommen werden mußte, um die Frage zu stellen, welche sich Stockmar wirklich gestellt hat. Seine Argumentation verläßt gänzlich die Beziehung des provisorischen Gesetzes zu der Vollzugsverordnung und richtet sich gegen den Satz Mittermaier's: „Der Umstand, daß der Ausdruck „„provisorisches Gesetz““ in der Verordnung weggelassen war, kann der vorläufigen Giltigkeit der Norm nicht schaden.“ Stockmar sucht aus Gründen, die wir oben als rein imaginär bloß gestellt haben, zu beweisen, daß der Souverän nicht befugt ist, ein provisorisches Gesetz zu erlassen, ohne dessen Eigenschaft als die einer provisorischen Norm ausdrücklich zu erwähnen. Stockmar beweist nicht, was er beweisen wollte. Er begab sich

[1]) Stockmar, a. a. O., S. 219.

Digitized by Google

auf unsern Standpunkt, er nahm die fragliche formelle Unterschiedslosigkeit als richtig an und wollte die von uns aus jener Annahme deducirte Consequenz widerlegen. Statt dessen behauptet er ganz einfach, die Consequenz ist unrichtig, weil die Annahme unrichtig ist. Eine solche Logik mag Stockmar's Geheimlehre sein; in der Wissenschaft beweist sie Nichts.

II. Gräfe.

Gegen die im vorigen Abschnitte behauptete Wirkung und Bedeutung der landesherrlichen Contrasignatur sind verschiedene Einreden geltend gemacht worden.

So gelangt Dr. Gräfe vermöge einer Begriffsverwechslung zu dem Schlusse, daß durch unsere Lehre über die Contrasignatur das monarchische Princip verletzt werde. Die Unverletzlichkeit und Heiligkeit des Fürsten soll nämlich darin bestehen, daß jeder Widerspruch zwischen landesherrlichem Willen und der Verfassung nur ein scheinbarer sei, weil er sich auflöse „in einen Conflict der Minister mit der Landesvertretung **oder** den Gerichten." „Wird aber der ministerielle Conflict mit den Gerichten durch die Contrasignatur beseitigt, so existirt eine wahre factische Verletzung des Grundgesetzes durch den Landesherrn, wodurch dieser der Heiligkeit und Unverletzlichkeit entkleidet wird, welche ihm nach monarchischem Principe zu vindiciren ist [1])."

Hiegegen ist vor Allem einzuwenden, daß jene constitutionelle Fiction durch Gräfe falsch verstanden wird. Die Minister sind keinem Gerichte, sondern nur den Landständen verantwortlich. Der Staatsgerichtshof tritt erst dann in Thätigkeit, wenn die ständische Anklage erfolgt ist, indem er über die Frage entscheidet, ob durch Erlaß des in der Zwischenzeit verbindlich gewesenen Gesetzes die Verfassung verletzt worden sei oder nicht. Derselbe kann nicht als eine besondere Verfassungsgarantie gedacht und als eine zweite das Recht der ständischen Anklage aufgestellt werden. Findet letztere nicht Statt, so fehlt mit der Klage auch der

[1]) Vergl. Gräfe, a. a. O., S. 237.

Digitized by Google

Angeklagte. Demgemäß kann niemals von einem Conflicte mit den Gerichten oder den Landständen in dem Sinne die Rede sein, daß dadurch eine doppelte Verantwortlichkeit der Minister statuirt würde.

Sollte aber Gräfe unter den Gerichten die gewöhnlichen Landesgerichte verstehen, so liegt in seiner Argumentation ein logischer Verstoß. Ob die contrasignirte landesherrliche Verordnung in einen Conflict mit den gewöhnlichen Gerichten gerathen könne, hängt von der verfassungsmäßigen Bedeutung der Contrasignatur ab. Wenn letztere die Bedeutung hat, daß sie bis auf erhobene ständische Einsprache jede Rechtsnorm zur verbindlichen macht, so ist von einem Conflicte mit jenen Gerichten nicht zu reden. Gräfe aber schließt umgekehrt aus der puren Voraussetzung der Möglichkeit des Conflictes auf die der unsern entgegengesetzte Interpretation der Contrasignatur. Nur so ist erklärlich, wie neben der wahren und factischen Verletzung des Grundgesetzes an eine Beseitigung des ministeriellen Conflictes gedacht werden kann.

Eine ähnliche Täuschung liegt der Einrede desselben Schriftstellers zu Grunde, daß die Minister allerdings für die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit jeder landesherrlichen Verordnung verantwortlich seien; selbst in eigener Person aber — „vorausgesetzt, daß man nicht in Widersinnigkeit sich gefällt" — niemals „darüber entscheiden können, ob eine von ihnen angerathene landesherrliche Verfügung den verfassungsmäßigen Erfordernissen entspricht." Dazu seien „die Gerichte da, die im Namen des Landesherrn das Recht verwalten, und in dieser Beziehung über den Ministern als bloßen Executivbeamten des Staatsoberhauptes stehen [1])."

Versteht Gräfe unter dem Gerichte den Staatsgerichtshof, so muß ihm in allweg Recht gegeben werden. Dadurch kommt aber die Einrede in keinen Zusammenhang mit der beanstandeten Wirkung der Contrasignatur. Sollen mit den Gerichten gewöhnliche Justizstellen gemeint sein, so setzt die Einrede

[1]) A. a. O., S. 236.

Digitized by Google

wieder voraus, was bewiesen werden soll. Die Frage ist: Können die Minister entscheiden, ob eine von ihnen angerathene landesherrliche Verfügung den verfassungsmäßigen Erfordernissen entspricht? Wir haben hier nur einen anders formulirten Ausdruck für die mit jener ganz zusammenfallenden Controverse: ob jede von den Ministern contrasignirte landesherrliche Verordnung eine verfassungsmäßige, somit — des Inhalts unbeschadet — verbindliche sei? Wird die Frage bejaht, so hat der Richter niemals das Recht, eine contrasignirte Constitution noch der materiellen Prüfung zu unterziehen; wird die Frage verneint, so gilt das Gegentheil. Die fragliche richterliche Competenz kann also erst je nach dem Resultate jener Vorfrage bestimmt werden. Gräfe aber setzt voraus, daß dem Richter das Recht der materiellen Prüfung zukomme und schließt rückwärts: Ergo ist für ihn die contrasignirte Verordnung nicht ohne weitere materielle Prüfung verbindlich und die Contrasignatur hat nicht die jenseits behauptete Wirkung.

An Gräfe schließen sich ein bereits mehrfach erwähnter ungenannter Schriftsteller[1]) und die „Rechtliche Beleuchtung[2])" an.

Beide entdeckten gerade in unserer Theorie über die Verbindlichkeit der Contrasignatur insoferne eine Verletzung des monarchischen Princips, als der Minister dadurch über den Souverän gestellt werde, dessen Wille in der Entgegenzeichnung der Verordnung die conditio sine qua non seiner Wirksamkeit finde.

Mit treffender Ironie wurde dieser Behauptung die andere zur Seite gestellt, daß — wenn Publication im Regierungsblatte die Verbindlichkeit eines Gesetzes den Unterthanen gegenüber bedinge — dadurch der Regent dem Regierungsblatte subordinirt werde. Der Sinn dieser Ironie ist der, daß die landesherrliche Constitution nicht erst durch die Contrasignatur als solche verbindlich wird, sondern vermöge des dieser zu Grunde liegenden

[1]) Vergl. v. Linde, Archiv a. a. O., S. 353 ff.

[2]) A. a. O., S. 24.

Digitized by Google

landesherrlichen Willens, welcher sie zu seiner nothwendigen Offenbarungsweise selbstständig erwählt hat. Der schlagendste Beweis dafür, daß die Ansicht, welche die Wirksamkeit der landesherrlichen Constitution an die Contrasignatur knüpft, dem monarchischen Princip keineswegs widerstreitet, liegt in der historischen Thatsache, daß sogar in nicht ultraconstitut. Monarchieen, z. B. in Oesterreich, die Vollziehbarkeit der Constitution durch die Contrasignatur bedingt wird. Höchstens könnte die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht dem monarchischen Principe widerspreche, durch die Contrasignatur eine Verantwortlichkeit gegenüber den Landständen zu begründen? Da aber an den erwähnten Erfolg gerade die Bedingung constitutionellen Charakters geknüpft ist, so fällt die Frage mit der nach der Vereinbarkeit des Constitutionalismus und des monarchischen Princips überhaupt zusammen und ist durch den Art. 13 der Bundesacte und Art. 52 der Schlußacte bereits entschieden [1]).

Von dem analogen Standpunkte aus wird unserer Theorie zur Controverse der Vorwurf gemacht, daß sie das monarchische Princip im Sinne des deutschen Staatsrechts insofern verletze, als durch sie die constitutionelle fürstliche Gewalt zur absoluten gesteigert werde [2]). Es wurde aber in des Verf. Abhandlung über das Staatsnothrecht nachgewiesen, daß in letzter Instanz nur Eine Bestimmung der Verfassung auch nicht vorübergehend außer Kraft gesetzt werden könne, ohne die constitutionelle Monarchie in die absolute umzuwandeln, nämlich die ministerielle Verantwortlichkeit.

---

[1]) Die absolute Monarchie widerspricht sogar dem reinen Begriff des monarchischen Princips, indem der Monarch nur insofern Monarch, d. h. Repräsentant der Staatsgewalt ist, als sein Wille auf die Verwirklichung des Staatszweckes sich richtet, zu welchem Ende er der Selbstergänzung durch die Glieder der Staatspersönlichkeit bedarf. Ob jedoch den Repräsentanten der Letzteren ein entscheidendes Recht der Zustimmung oder nur das Recht des Beirathes zu allen oder zu welchen Gesetzen gebühre, ist eine Frage, welche je nach der Art ihrer Entscheidung die Unvereinbarkeit des Repräsentativ-Systems mit dem monarchischen Principe zu bescheinigen vermag.

[2]) Vergl. Gräfe, a. a. O., S. 155, 158, 236 — 237.

Digitized by Google

Die Consequenzen dieses Satzes wurden oben erörtert. Deßhalb kämpft auch mit Windmühlen ein Schriftsteller, welcher erklärt, daß die Contrasignatur in unserem Sinne neben der Verantwortlichkeit des Ministers, die zu begründen gerade der Zweck jener ersteren sein soll, als eine contradictio in adjecto erscheine [1]). Wie jede contrasignirte landesherrliche Verordnung überhaupt, so müsse auch diejenige durch die Gerichte als zu Recht bestehend anerkannt werden, welche des Departementschefs eigene Indemnitätsbill enthalte. Dadurch würde die Contrasignatur aber gerade das Mittel, eine Verantwortlichkeit schlechterdings unmöglich zu machen.

Herr v. Linde entgegnet hierauf [2]): „Ist es nicht äußerst albern, von der Verantwortlichkeit eines Justizministers zu sprechen, dessen Befehlen und Verordnungen die Gerichte unbedingt nicht zu befolgen verpflichtet sind, und die sie nur auf eigne Verantwortlichkeit zu befolgen verfassungsmäßig berechtigt sind, und dürfte in einem Lande, in welchem die Gerichte für die Constitutionalität der Anordnungen des Justizministers verantwortlich sind, diesen Gerichten, wenn sie die Anordnungen des Justizministers befolgt hätten, ein unpartheiisches Urtheil über die deßfallsige Anklage gegen den Justizminister zugetraut werden?" Der Einwand v. Linde's scheint überzeugend und ganz klar zu sein.

Unser Gegner kann jedenfalls nur die gegen erhobene ständische Beschwerde erlassene Indemnitätsbill im Auge haben. Ein derartiger landesherrlicher Erlaß bezweckte aber nur Justizverweigerung durch Hinderung des Staatsgerichtshofes, in seine verfassungsmäßige Thätigkeit zu treten. Zu Abhilfe ist der deutsche Bund verpflichtet [3]).

---

[1]) Vergl. deutsche Vaterlandszeitung v. Papst, 1833, Nr. 20, 21.

[2]) Im Archiv, a. a. O., S. 358.

[3]) Wiener Schl.-Acte, Art. 29. Vergl. Zöpfl, a. a. O., §. 159 und 446. Eine ganz andere Frage ist: ob der Ausschluß des Begnadigungsrechtes im Staatsprozesse mit dem monarchischen Princip sich vereinigen lasse? — Wir haben die Frage im Anschlusse an Held mit aller Entschiedenheit verneint in unserer Schrift: Ministerverantwortlichkeit u. Staatsgerichtshöfe in Deutschland. Kritik des Ultraconstitutionalismus in

Digitized by Google

Verstünde der Opponent unter der Indemnitätsbill eine allgemeine landesherrliche Verordnung: so würde er — wie schon erwähnt — gegen eine Behauptung zu Felde ziehen, welche von keiner Seite aufgestellt wird.

III. Nebelthau und Collegen.

Die Vertheidigung des landständischen Ausschusses geht so weit, daß sie die Sache geradezu umkehrt und behauptet: Es sei die Contrasignatur nach dem Wortlaute des §. 108 nicht ein Zeichen (mindestens nicht ein ausschließliches), daß der contrasignirte Erlaß, von der Behandlung der betreffenden Angelegenheit abgesehen, in verfassungsmäßiger Weise erlassen, daß er selbst seiner Form nach als verfassungsgemäß zu betrachten und darum unbedingt zu vollziehen sei. Die Contrasignatur — könnte man sagen — zeige zwar, daß der Contrasignirende für Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit des Inhalts verantwortlich sein wolle; für die richtig beobachtete Form des Erlasses gebe sie aber nicht einmal diese Garantie, am wenigsten das ausschließlich zu beachtende Merkmal ab [1]).

Der Einwand beruht auf einem argen Mißverständisse. Der Inhalt eines mit den Landständen verabschiedeten Gesetzes ist unter allen Umständen verfassungs- und gesetzesgemäß und braucht nicht erst durch den verantwortlichen Minister verbürgt zu werden. Die Verantwortlichkeit des letzteren bezieht sich nur auf Normen, welche durch den Souverän ohne ständische Mitwirkung erlassen werden. Die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit des Inhalts der letzteren kann aber nur darin bestehen, daß der Inhalt keine anderen, als verfassungsmäßig ohne ständische Mitwirkung zu normirende Objecte umfaßt. Letzteres setzt somit

---

dem letzter Garantie am Wendepunkte deutscher Verfassungspolitik. 1859. Die im deutschen Museum von Prutz (1859) erschienenen „Drei staatswissenschaftlichen Briefe" über die erwähnte Schrift haben trotz ihrer gewandten Dialectik den Verfasser zu der entgegengesetzten Ansicht nicht bekehrt.

[1]) A. a. O., S. 47.

Digitized by Google

Rebelthau voraus. Da aber jede landesherrliche Constitution, welche nach der Verfassung der ständischen Mitwirkung nicht bedarf, zu ihrer formellen Giltigkeit unbestrittenermaßen nur die Contrasignatur erfordert, so begründet Rebelthau durch seine Ausführung offenbar nur das von Niemanden bestrittene Resultat: Wenn der Minister eine Verordnung contrasignirt, welche der ständischen Mitwirkung nicht bedarf, so haftet er nicht dafür, daß aus der Verfassung — welche ausdrücklich nur die Contrasignatur des Einen Departementschefs als formell nothwendig darstellt — nicht noch eine andere Formalität, etwa die Contrasignatur des Gesammtministeriums abgeleitet werden könne.

Manche Rechtslehrer sind zum Zwecke der Entscheidung unserer Frage von dem Gedanken ausgegangen, daß — wie im Civilrecht Nichtachtung einer vorgeschriebenen Form im Zweifel annullire — so die staatsrechtliche Form der ständischen Zustimmung von der Wirksamkeit des Gesetzes unzertrennlich sei. „Man könnte möglicherweise eine Entscheidung, nämlich eine Verneinung unserer Frage in der bloßen Thatsache finden wollen, daß eine Verfassung die Einholung der ständischen Zustimmung zu gewissen Constitutionen vorschreibt oder deren Erlaß ohne ständische Zustimmung verbreitet [1])."

Nach einer sehr ausführlichen Erörterung verschiedener civilrechtlicher Controversen über fr. 5, 1. 14. c. 23, 6, 42 und fr. 183, 50. 17, sowie mannichfachen Erklärungen über die Interpretationsregeln des Justinianischen Rechts — kommt übrigens Stockmar zu dem Resultate, daß die bloße Vorschrift einer Verfassung, zu bestimmten Gesetzen sei ständische Zustimmung einzuholen, weder kraft ihrer Natur als Ge- oder Verbote, noch kraft ihres Wesens als Formvorschrift die Nichtigkeitswirkung nothwendig erzeugte oder auch nur eine Präsumtion dafür

[1]) Vergl. Stockmar a. a. O., S. 60. Rechtsgutachten der Tübinger Juristenfacultät. A. a. O., S. 346.

Digitized by Google

rechtfertige, *also unsere Hauptfrage von dieser Seite nicht schon von vorneherein direct entschieden werde*[1]).

Prüfen wir die Einrede näher, so ergibt sich, daß sie mit unserm Thema *nicht im geringsten Zusammenhange steht*. Zwar bestimmt die Verfassung, daß die Form der ständischen Zustimmung für eine ganz gewisse Art von allgemeinen landesherrlichen Rechtsnormen nothwendig sei. *Stockmar* reißt nun diesen Artikel aus dem organischen Zusammenhange mit den übrigen Theilen der Urkunde und interpretirt denselben für sich allein, im Gegensatze zu fr. 24 de legibus: Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere. Jenem Gebote steht aber noch ein zweites als gleichberechtigt zur Seite, welches umgekehrt für eine entgegengesetzte Periode der anomalen staatlichen Entwicklung die ständische Mitwirkung in Ausübung jeden Hoheitsrechtes verbietet. Mithin ließe sich umgekehrt — sobald analog jener Einrede nur der einzelne Rechtssatz in's Auge gefaßt wird — mit gleichem Fuge die Frage aufwerfen: Da die Verfassung den Souverän unter Umständen berechtigt, resp. verpflichtet, allgemeine Rechtsnormen ohne ständische Mitwirkung zu erlassen, — erzeugt nicht die Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form (ständische Nichtmitwirkung) im Zweifel Nichtigkeit des Aktes? ist also nicht die Verfassungsmäßigkeit jeder Rechtsnorm zu verneinen, welche mit ständischer Mitwirkung erlassen wird? — Diese deductio ad absurdum ist zumeist geeignet, das Bodenlose der gegnerischen Einrede zu beweisen.

In nahem Zusammenhange mit letzterer steht die Frage H. A. *Zachariä's*[2]): Was bei unserer Ansicht überhaupt die Bestimmungen der Verfassung über die *Form* der Gesetzgebung für eine Bedeutung behalten? „Für die *Stände* selbst hat sie doch offenbar gar keine, da diese ohnedies wissen, ob sie gefragt

[1]) A. a. O., S. 74.

[2]) A. a. O., S. 244. Note 14.

Digitized by Google

sind oder nicht." Zachariä hat übrigens, wie aus den citirten Worten hervorgeht, nicht die ständische Zustimmung selbst, sondern nur deren Erwähnung im publicirten Gesetze vor Augen. Zwar soll — und darauf stützt sich Zachariä — eine Auslegung vermieden werden, nach welcher der Gesetzgeber manches Ueberflüssige gesagt hätte; allein da die entgegengesetzte Interpretation des Grundgesetzes über allen Zweifel erhaben ist, so kommt jener Grundsatz nicht zur Anwendung [1]). Letzterer ist übrigens hier auch ganz unpaßlich, da jene Verfassungsbestimmung nach unserer Ansicht als kein Pleonasmus erscheint. Wir unterlassen, dieß zu begründen, da es doch an diesem Orte juristisch irrelevant wäre. Es könnte die fragliche Interpretations-Regel gegen Zachariä selbst eingewendet werden. Von seinem Standpunkte aus muß der Richter, dem nur eine formelle Prüfung vindicirt wird, jede allgemeine Rechtsnorm als verfassungsmäßig betrachten, welche die Erwähnung des ständischen Consenses mit der Publikation verbindet. Da nun folgerichtig und im Einklange mit Zachariä diese Form den landesherrlichen Erlaß auch dann zum verfassungsmäßigen und den Richter bindenden macht, wenn die faktische Mitwirkung der Stände nicht Statt gefunden hat, so möchten umgekehrt wir an den scharfsinnigen Gegner die Frage stellen, was denn bei seiner Ansicht die Bestimmungen der Verfassung über die Form der Gesetzgebung für eine Bedeutung behalten?

---

[1]) Vergl. Seuffert, a. a. O., S. 12, Anm. 9. Thibaut, Theorie der log. Auslegung. §. 15.

(Forts. folgt.)

Digitized by Google

VI.

Beitrag
zu der Lehre von den Correalobligationen.

Von dem

Herrn Hofrathe und Professor Dr. Fritz in Freiburg.

---

§. 1.

Von der Zeit an, wo das Studium des römischen Rechtes im Abendlande unter den Glossatoren wieder auflebte, bis in das neunzehnte Jahrhundert hinein finden wir bei den Rechtslehrern im Ganzen dieselbe Auffassung des Wesens der Correalobligationen, und dieselbe Ansicht über die Fälle, in welchen solche anzunehmen seien, wie denn auch die Terminologie dieselbe blieb.

Den römischen technischen Ausdruck: duo oder plures rei [1]), vertauschte man mit dem in den Quellen nur ein mal [2]) und nur in einer besondern Beziehung vorkommenden Ausdruck:

---

[1]) Rubr. et Tit. J. 3. 16. (17.) D. 45. 2. C. 8. 40.

[2]) Fr. 3. §. 3. D. de liberat. leg. (34. 3.)

Digitized by Google

conrei oder correi, den man auch in der Einzahl bequem gebrauchen kann, in welcher er in den Quellen gerade vorkommt; und dem in den Quellen jenen Worten gewöhnlich beigesetzten Genitiv: stipulandi und promittendi[3]), zog man, weil er sich zunächst auf eine für uns veraltete Vertragsform bezieht und schon im römischen Reiche in späterer Zeit nicht mehr auf alle Fälle passen wollte, die allgemeiner lautenden aber in den Quellen[4]) nur selten vorkommenden Zusätze: credendi und debendi, vor. Ferner bildete man aus dem Worte correus das Adjectiv correalis, und bezeichnete damit die fragliche obligatio; auch fügte man noch das Adjectiv activa bei, um auszudrücken, daß von einem Verhältniß mehrerer correi credendi, und das Adjectiv passiva, um auszudrücken, daß von einem Verhältniß mehrerer correi debendi die Rede sei.

Den Ausdruck: obligatio correalis, gebrauchte man für jedes Rechtsverhältniß, vermöge dessen entweder jeder von mehreren Hauptschuldnern einem gemeinsamen Gläubiger (obl. corr. passiva), oder ein gemeinsamer Hauptschuldner jedem von mehreren Gläubigern (obl. corr. activa) aus einem und demselben Obligationsgrunde dieselbe Leistung in der Art ganz schuldig ist, daß die ganze Leistung und jeder Theil derselben nur einmal gemacht zu werden braucht.

Das Wesen aller dieser auf verschiedene Weise entstandenen Correalverhältnisse sah man als gleich an. Man betonte für alle gleichmäßig, daß es jeweils eine obligatio sei, in welcher die mehreren Correalgläubiger oder Correalschuldner stehen. Wenn einzelne Schriftsteller, z. B. Lauterbach[5]) und Glück[6]), lehrten, die Einheit beschränke sich auf das Object, d. h. auf die Leistung,

---

3) S. Anm. 1.

4) Z. B. in fr. 34. pr. de receptis (4. 8.)

5) Colleg. Pand. L. 45. T. 2. §. 10.

6) Erläut. der Pandekten Bd. 4. §. 339. S. 512.

Digitized by Google

welche gemacht werden muß, so sprachen sie wohl nur etwas aus, wovon Andere dachten, es verstehe sich schon nach der üblichen Definition der Correalobligationen von selbst. Der im Anfang dieses Jahrhunderts von Hasse[7]) aufgestellte Lehrsatz, bei der passiven Correalobligation entsprechen einem Rechte mehrere Verbindlichkeiten und bei der activen einer Verbindlichkeit mehrere Rechte, fand keinen Anklang.

Zu den Rechtssätzen über Correalobligationen, die man allgemein annahm, gehörte auch der, daß die Einleitung eines Processes von Seite eines Correalgläubigers gegen den gemeinschaftlichen Schuldner bis zur Statt findenden litis contestatio die übrigen Correalgläubiger ausschließe oder mit andern Worten den Schuldner von ihnen befreie.

Bei der geschichtlichen Frage, wie weit vor Justinian's c. 28. C. de fidejussorib. bei passiven Correalobligationen die Einleitung eines Processes gegen den einen Correalschuldner die andern befreit habe, fand man in den Quellenstellen[8]) Schwierigkeiten, über deren Lösung man sich nicht einigen konnte[9]).

§. 2.

Erst seit dem Jahre 1827 erlitt die angegebene frühere Behandlungsweise der Correalobligationen nach und nach bedeutende Modificationen.

---

[7]) Beiträge zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft. Kiel 1808. S. 47 folgg.

[8]) Auf der einen Seite: fr. 2. de duob. reis (45. 2.) fr. 116. de V. O. (45. 1.) fr. 14. ratam rem haberi (46. 8.) c. 28. C. de fidejussorib. (8. 41.) verglichen mit fr. 16. de duob. reis fr. 5. de fidejuss. (46. 1.) und fr. 31. §. 1. de novat. (46. 2.); auf der andern Seite die unten §. 2. in den Anmerkungen 4, 5, 9 und 11—13 citirten Stellen.

[9]) Ueber die verschiedenen Ansichten s. Ribbentrop zur Lehre von den Correalobligationen. Gött. 1831. §. 2. S. 2—10.

Digitized by Google

Den ersten Anstoß dazu gab die durch die neuentdeckten ächten Institutionen von Gajus [1]) bekannt gewordene Nachricht von der ehemaligen processualischen Consumtion der Forderungen und Klagen, und namentlich von der ehemaligen Rechtsregel, daß die Klage, über welche einmal lis contestirt ist, nicht von Neuem angestellt werden solle. Keller stellte nämlich in seinem bekannten durch die erwähnte Nachricht hervorgerufenen Werke „über Litis-Contestation und Urtheil nach klassischem römischem Recht [2])" die Behauptung auf: die ehemalige Befreiung des einen Correalschuldners durch die litis contestatio über die Klage gegen den andern und die Befreiung des gemeinsamen Schuldners von dem einen Correalgläubiger durch die litis contestatio über die Klage des andern sei nur eine Folge, und zwar eine nothwendige Folge, des so eben erwähnten Satzes gewesen, und erkläre sich daraus, daß die Obligation, bei welcher mehrere Correalgläubiger oder Correalschuldner betheiligt sind, nach römischem Rechte als eine und dieselbe anzusehen sei.

Einige Jahre nachher löste Ribbentrop [3]) die im §. 1 berührte rechtsgeschichtliche Frage mit allgemeinem Beifalle dahin: daß im Falle der eigentlichen Correalstipulation und in einigen andern Fällen die litis contestatio über die Klage aus der Forderung gegen den einen Correalschuldner den andern von der Klage aus dem nämlichen Klagegrund immer befreit habe, und daß es dabei nicht darauf angekommen sei, ob der Belangte zur Zeit der litis contestatio oder später zahlungsfähig war oder nicht; daß aber in mehreren andern Fällen, die man bisher, der obigen Definition der Correalobligationen gemäß, zu den Fällen der passiven Correalobligationen zählte, auch nach älterem Rechte noch nicht die litis contestatio, sondern erst die dadurch bewirkte

---

[1]) III. §. 180. 181. IV. 104—109.

[2]) Zürich 1827, §. 49. 52—54. S. 411 folgg. 435 folgg.

[3]) Zur Lehre v. d. Correalobligationen. Gött. 1831. §. 1—26.

Digitized by Google

Befriedigung des Klägers, soweit diese wirklich erfolgte (gerade wie die freiwillig vorgenommene), die gedachte Wirkung hatte. Das Letztere weist er wirklich nach: bei denjenigen Verträgen, durch welche mehrere Promittenten solidarisch verpflichtet werden, auch ohne daß dieses ausgemacht ist (nämlich bei dem Depositum und Commodatum, welches mit mehreren Depositaren [4]) und Commodataren [5]), bei der Vermiethung einer Sache, welche mit mehreren Miethern abgeschlossen ist, soweit es sich im letzten Falle um Restitution oder um gänzlichen oder theilweisen Ersatz der Sache handelt [6]), und bei dem mehreren Mandataren [7]) oder von mehreren — mit der actio mandati contraria zu belangenden — Mandatoren [8]) gegebenen Mandate), ferner bei dem Quasicontracte der Vormundschaft, so weit hier mehrere Vormünder solidarisch haften [9]), bei mehreren Gemeindebeamten, die ein Amt gemeinschaftlich zu verwalten haben und solidarisch haften [10]), bei dem von mehreren Personen gemeinschaftlich (oder von der einen im Auftrage oder auf Anstiftung der andern) begangenen Delicte [11]) oder einer auf diese Weise begangenen sonstigen Widerrechtlichkeit [12]),

---

4) Fr. 1. §. 43. depos. (16. 3.)

5) Fr. 5. §. 15. commodati (13. 6.)

6) Fr. 5. §. 15. cit.

7) Fr. 60. §. 2. mand. (17. 1.) vergl. mit den übrigen Stellen.

8) Fr. 52. §. 3. de fidejuss. (46. 1.) c. 28. eod. (8. 41.) fr. 59. §. 3. mand. (17. 1.)

9) Fr. 1. §. 43. depos. fr. 18. §. 1. fr. 42. de administr. et peric. tutor. (26. 7.) fr. 1. §. 13. 17. fr. 15. fr. 21. de tut. et rat. distr. (27. 3.) c. 2. de contrar. jud. tut. (5. 58.)

10) Fr. 45. de administr. et peric. tutor. vergl. mit den Citaten der Anm. 9.

11) C. 1. de condict. furtiva (4. 8.) fr. 5. pr. de nox. act. (9. 4.)

12) Fr. 14. §. 15. quod metus causa (4. 2.) fr. 3. pr. si mensor (11. 6.) fr. 8. quod falso tutore (27. 6.) fr. 1. §. 13. de vi (43. 16.)

Digitized by Google

so weit es sich hier um solidarische Haftung dieser Personen für Restitution oder Schadensersatz handelt, und endlich bei einem Quasidelicte, aus welchem mehrere auf solche Weise solidarisch haften [13]).

Es fragte sich nun, wie es zu erklären sei, daß in den so eben aufgezählten Fällen ehemals der gemeinschaftliche Gläubiger günstiger und der nicht belangte Schuldner weniger günstig behandelt wurde, als in den übrigen Fällen der passiven Correalobligationen. Bei dieser schwierigen Frage fand Ribbentrop, der an der angegebenen Keller'schen Theorie festhielt [14]), keinen andern Ausweg, als den, daß er behauptete, in diesen Fällen trete die bei wahren correi immer Statt findende Einheit der obligatio nicht ein [15]), es seien mithin keine Fälle wahrer Correalobligationen. In diesem Sinne unterschied er denn wahre Correalobligationen und blos solidarische Verbindlichkeiten. Während er dort mit Keller jeweils „eine „obligatio mit mehreren subjectiven Beziehungen" annimmt, nimmt er hier eben so viele Obligationen an, als einzelne Schuldner vorhanden sind, aber Obligationen, die alle auf denselben Gegenstand gehen und alle ipso jure aufhören, soweit eine derselben erfüllt wird [16]).

An das Gesagte knüpft Ribbentrop die weitere Behauptung: die bisherige Gleichstellung der blos solidarischen Verbindlichkeiten mit den Correalobligationen führe auch zu praktischen Irrthümern; unter den Beendigungs- und Entkräftungsarten nämlich, über deren Wirkung man bisher für alle so genannte passive Correalobligationen gleiche Regeln aufgestellt

---

13) Fr. 2—4. de his qui effud. (9. 3.)

14) Ribbentrop a. a. O. §. 3—5.

15) Ribbentrop §. 6 folgg., besonders §. 10.

16) Ribbentrop §. 11 folgg.

Digitized by Google

habe, seien mehrere, welche demjenigen Schuldner, der an der befreienden Handlung keinen Antheil nimmt, bei den blos solidarischen Verbindlichkeiten weniger nützen als bei den Correalobligationen. Dieses behauptet er von der Acceptilation, von der Novation, von dem absolutorischen Urtheile und von dem zugeschobenen liberatorischen Eide [17]).

Ferner behauptet er: nicht blos zum Vortheil der Schuldner und zum Nachtheil des Gläubigers zeichnen sich die passiven Correalobligationen vor den blos solidarischen Verbindlichkeiten aus, sondern in einer Beziehung, und zwar in einer wichtigen noch praktischen Beziehung, auch umgekehrt zum Vortheil des Gläubigers und zum Nachtheil der Schuldner; und auch dies sei eine Folge der Einheit der Obligation mehrerer Correal schuldner.

Es soll nämlich nach Ribbentrop's Auslegung des fr. 18. de duobus reis der eine Correalschuldner für die von dem andern allein begangene culpa einzustehen haben [18]), während dies bei den sogenannten blos solidarischen Verbindlichkeiten nicht der Fall sei.

Auf diese Auslegung des fr. 18. cit. legt er besonders deswegen großes Gewicht, weil nur sie es ihm möglich macht, dem fr. 9. pr. de duob. reis eine Auslegung zu geben, nach welcher es mit seiner Behauptung, die mehreren Depositare u. s. w. seien keine wahre Correalschuldner, nicht in offenbarem Widerspruche steht. Er versteht nämlich die Worte: „utriusque fidem in solidum secutus", nicht von Jedem, der eine Sache bei Mehreren zugleich deponirt, und dadurch jeden derselben solidarisch obligirt, sondern nur von Demjenigen, welcher mit mehreren Depositaren

---

[17]) Ribbentrop §. 27—29.

[18]) Ribbentrop §. 5. S. 27 folgg.

Digitized by Google

ausmacht, daß jeder für den dolus und die zu präſtirende culpa des andern einzuſtehen habe [19]).

§. 3.

Die auf Ribbentrop's Schrift folgende Literatur [1]) nahm mit den angegebenen von Keller und Ribbentrop aufgeſtellten Prämiſſen auch die angegebenen Folgeſätze an [2]).

Auch die einſchlagenden Stellen in v. Savigny's Syſtem des heutigen römiſchen Rechts [3]) und deſſen ausführliche Darſtellung der Lehre von „ächten" und „unächten Fällen" der Correalobligationen in ſeinem Obligationenrecht [4]) folgen der Auffaſſung von Keller und Ribbentrop, tragen aber dennoch zur Beleuchtung des Inſtitutes im Ganzen und im Einzelnen vieles bei, ſchon durch die klare, anziehende Darſtellung und beſonders auch durch wichtige Bemerkungen, die man bei Savigny's Vorgängern nicht findet, namentlich auch durch Bemerkungen, bei

---

19) Ribbentrop §. 19 u. 20.

1) S. z. B. v. Schröter in der Zeitſchrift für Civilr. u. Proc. B. 6. S. 410. Mühlenbruch Lehrb. des Pandektenr. Th. 2. §. 490. Thibaut Syſt. des Pandektenr. 8 Aufl. §. 135. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilr. 5. Aufl. beſorgt durch Fritz Bd. 2. S. 68 folgg. Fritz Erläut. zu Wening H. 3. (Bd. 2. H. 1.) S. 165 folgg. Göſchen Vorleſ. §. 372 folgg. Bd. 2. Abth. 2. S. 7 folgg. Puchta Pand. §. 235. Unterholzner Lehre von den Schuldverhältniſſen Bd. 1. §. 86 und 91. v. Vangerow Leitfaden (ebenſo Lehrb. 6. Aufl.) Bd. 3. §. 573. Anm. 1. Sintenis das gemeine prakt. Civilr. §. 89. Bd. 2. S. 125 u. 138. Arndts Pand. §. 213 folgg.

2) Keinen Anklang fand Brackenhoeft, welcher in ſeinem Werke: die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältniſſe, Gött. 1839. S. 145. Anm. und S. 150 folgg. unter Anderem behauptete, das Unitätsprincip gelte nur bei den activen, nicht auch bei den paſſiven Correalobligationen. Dagegen v. Vangerow a. a. O.

3) §. 232. Bd. 5. S. 220 folgg.

4) §. 16. Bd. 1. S. 138 folgg.

Digitized by Google

welchen der Verfasser seinen Blick über den angeblichen Unterschied zwischen wahren Correalobligationen und blos solidarischen Verbindlichkeiten erhebt.

Uebrigens weicht v. Savigny und es weichen, wie es scheint alle übrige erwähnte Schriftsteller darin von Ribbentrop ab, daß sie das fr. 9. pr. de duobus reis nicht ganz so auslegen, wie dieser, daß sie vielmehr diesen Ausspruch Papinian's von jedem Falle verstehen, in welchem mehrere Depositare durch einen Nebenvertrag mit dem Deponenten ausmachen, daß sie solidarisch obligirt sein sollen. Sie übersehen, wie es scheint, daß Ribbentrop's Theorie sich ohne seine Auslegung dieser Stelle nicht halten läßt. Daß sie dies aber übersehen, daß erklärt sich bei den meisten daraus, daß sie die Bedeutung der ohne besonderen Nebenvertrag eintretenden solidarischen Verbindlichkeit mehrerer Depositare, mehrerer Commodatare u. s. w. mißverstehen [5]).

An Keller's und Ribbentrop's Auffassung knüpfen sich noch weitere neue Ansichten Anderer über einzelne Punkte an.

Schon nach Keller [6]) und Ribbentrop [7]) soll bei dem

---

[5]) Savigny nimmt nämlich, wie eine Reihe von andern Schriftstellern, die nach Ribbentrop geschrieben haben, an, mehrere Depositare, Commodatare, Mandatare, Vormünder u. s. w. seien zunächst nur theilweise obligirt, und nur im Falle eines durch die zu prästirende Culpa Mehrerer angerichteten Schadens trete solidarische Haftbarkeit ein. Ribbentrop dagegen, auf welchen man sich für diese Meinung häufig beruft, lehrt mit Recht, diese Mitcontrahenten und Mitquasicontrahenten seien im Gegentheil schon ursprünglich solidarisch obligirt, und nur eine Folge davon sei es, daß diejenigen von ihnen, die durch eine zu prästirende Culpa einen Schaden anrichten, für den Ersatz desselben solidarisch haften, und ebenso Puchta a. a. O. §. 233 und Sintenis a. a. O. S. 128 folgg. Auf dieses Mißverständniß, aber nicht auf die herausgehobene Folge desselben, hat neuerlich aufmerksam gemacht Fitting die Natur der Correalobligationen, Erl. 1859 Anm. 253. S. 230. folgg.

[6]) Keller §. 52. vergl. §. 53. u. 54.

[7]) Ribbentrop §. 13.

Digitized by Google

Verhältniß des Hauptschuldners und des für ihn eingetretenen Fidejussors das Unitätsprincip eben so gelten wie bei eigentlichen Correalobligationen, und in späteren Schriften Anderer wird dieses Verhältniß geradezu als eine Art von Correalobligation dargestellt [8]), und ebenso von einigen Schriftstellern das Verhältniß des eigentlichen Schuldners und desjenigen, die nur nach prätorischem Rechte anstatt desselben mit einer so genannten actio adjectitiae qualitatis belangt werden kann [9]).

Ferner wurde von mehreren bedeutenden Schriftstellern der Keller'schen Auffassung consequent die Behauptung aufgestellt: nachdem die durch die Institutionen von Gajus bekannt gewordene consumirende Wirkung der litis contestatio abgekommen sei, könne auch die Regel nicht mehr gelten, daß durch die litis contestatio über die Klage des einen Correalgläubigers der andere klaglos werde [10]).

Eine weitere Meinungsverschiedenheit gab sich kund, als Huschke [11]) die Behauptung aufstellte: die Novation äußere auch bei eigentlichen Correalobligationen ihre die Obligation aufhebende

---

[8]) S. z. B. Girtanner die Bürgschaft S. 39. (vergl. jedoch Dessen Stipulation, Kiel 1859. S. 253 in der Anm. 209.) v. Savigny Obl. R. Bd. 1 S. 147. v. Vangerow a. a. O. S. 69 u. 73. ferner §. 578. Anm 2. I.

[9]) S. z. B. v. Vangerow §. 573. Anm. 2. Ziffer 3, aber auch die in dem folgenden Paragraphen vorkommende Schrift von Brinz S. 13 folgg. S. 24 folgg. Savigny Obl. R. S. 209 folgg. zählt diese Fälle zu den unächten Fällen der Correalobligationen.

[10]) Wächter Erörterungen aus dem Röm. Deutschen und Würtemb. Rechte H. 3. S. 58. Buchka Einfluß des Proc. auf das materielle Recht Bd. 2. S. 40 folgg. v. Savigny Obl. R. §. 19 Note f. Bd. 1. S. 183. Auch v. Vangerow Lehrb. 6. Aufl. S. 102 stimmt bei. Die entgegengesetzte Ansicht sprechen aus: Fritz Erläut. a. a. O. S. 181 folgg. Göschen a. a. O. §. 172 am E. Puchta Pand. §. 235 Note g.

[11]) Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 2 S. 153 folgg.

Digitized by Google

Wirkung in der Regel nur auf einen der Correalgläubiger oder Correalschuldner, und nur dann auf alle, wenn die dahin gehende Absicht der Contrahenten entschieden anzunehmen sei.

§. 4.

Die allgemeine Herrschaft der Keller-Ribbentrop'schen Theorie fing erst nach ungefähr zwanzigjähriger Dauer an etwas gestört oder wenigstens bedroht zu werden theils dadurch, daß auf Fragen aufmerksam gemacht wurde, welche bisher vernachlässigt worden, während ihre befriedigende Lösung zur wissenschaftlichen Begründung dieser Theorie unerläßlich nothwendig ist [1]), theils durch Angriffe auf diese Theorie, die nach und nach von verschiedenen Schriftstellern und in verschiedener Richtung gemacht wurden.

Zuerst suchten nämlich Girtanner [2]) und Andere [3]) unter Benutzung der Analogie der alternativen Obligationen die Natur der Correalobligationen besser aufzufassen.

---

[1]) Aloys Brinz kritische Blätter Nro. 4. Erlangen 1853. Die erste dieser Fragen ist: woher kommt es, daß das römische Recht in einer Klasse von Fällen eine obligatio mit mehreren Gläubigern oder Schuldnern statuirt, und in einer andern Klasse von Fällen mehrere Obligationen, die aber auf denselben einmal zu leistenden Gegenstand gehen? An diese Frage knüpft sich namentlich die an: wie ist es zu erklären, daß die Quellen in den Fällen der ersten Klasse ungeachtet des Unitätsprincipes doch auch von mehreren Obligationen sprechen, und daß sie manchen Ereignissen, die sonst eine obligatio ganz aufheben oder ganz entkräften, hier nur die Wirkung beilegen den einen der mehreren Gläubiger auszuschließen oder den einen der mehreren Schuldner zu befreien? Brinz macht auf diese Fragen nicht blos aufmerksam, sondern er sucht sie auch zu lösen. Wie? davon später gelegentlich. Mit der zweiten der angeführten Fragen hängt der Angriff auf die sogleich zu erwähnende Keller'sche Unterscheidung zwischen objectivem Bestand und subjectiven Beziehungen zusammen.

[2]) W. Girtanner die Bürgschaft nach gemeinen Civilr. Jena 1850 u. 1851. S. 75—79. 397—402. 568.

[3]) So namentlich Christiansen Institut. des röm. Rechts S. 285 u. 475.

Digitized by Google

Sodann wurde von Anhängern der herrschenden Theorie ein Lehrsatz derselben bekämpft, der offenbar zu ihren schwächsten Seiten gehört.

Keller [4]) lehrt nämlich: es verstehe sich von selbst, daß die Einheit der Correalobligationen sich auf ihren objectiven Bestand beschränke, und nicht auf ihre subjectiven Beziehungen ausdehne. Und daran knüpft er die Behauptung: ob ein Ereigniß, welches sonst eine obligatio aufhebt oder entkräftet, wenn es bei einer Correalobligation vorkommt, allen Correalschuldnern nütze und allen Correalgläubigern schade, oder seine Wirkung auf einen oder mehrere correi beschränke, das hänge lediglich davon ab, ob das Ereigniß den objectiven Bestand der Obligation selbst treffe, oder nur auf die Persönlichkeit eines von den mehreren Gläubigern oder Schuldnern wirke. Leider stellte er sich nicht die Aufgabe, diese gewiß nicht ganz klar ausgedrückte Regel durch nähere Besprechung der einzelnen Beendigungs- und Entkräftungsarten überall nachzuweisen oder auch nur an dem einen oder dem andern Beispiel klar zu machen [5]). Er glaubt in dieser Hinsicht genug zu thun, indem er [6]) heraushebt: bei den bloßen Entkräftungsarten, mit andern Worten in den Fällen, in welchen eine Forderung nur ope exceptiones unwirksam wird, müsse man unterscheiden zwischen exceptionis rei cohaerentes und exceptiones personae cohaerentes; jene stehen allen Correalschuldnern zu, diese nur dem Einzelnen, in dessen Person sie begründet sind. Dabei betont er besonders, daß die ehemalige exceptio rei in judicium deductae und die mit ihr verwandte exceptio rei judicatae zu den exceptiones rei cohaerentes gehöre [7]).

---

[4]) S. 446 folgg.

[5]) Eine bloße Aufzählung der wichtigsten Beendigungs- und Entkräftungsarten, die der einen und der andern Gattung angehören sollen, gibt er S. 448 folgg. allerdings.

[6]) S. 447.

[7]) S. 449 u. 450.

Digitized by Google

Diese Regel über die Exceptionen widerlegt aber schon Ribbentrop [8]). Er weist nach, daß es durchaus nicht allgemeine Regel ist, daß die exceptiones rei cohaerentes, z. B. die exceptio pacti de non petendo in rem, bei passiven Correalobligationen auch den Mitschuldnern desjenigen, in dessen Person sie begründet sind, zu gestatten seien. Demungeachtet hält Ribbentrop den Keller'schen Lehrsatz über die Unterscheidung zwischen objectivem Bestand und subjectiven Beziehungen der Correalobligationen, und zwischen Beendigungs- und Entkräftungsarten, welche jenen und nur diese treffen, bei, und legt großes Gewicht darauf [9]).

Savigny [10]) dagegen schiebt bei Durchgehung der einzelnen Beendigungs- und Entkräftungsarten, die auf die eine und auf die andere Weise wirken, die Keller'sche Unterscheidung bei Seite mit der Bemerkung: „Als formellen Grundsatz kann man „dieses wohl zugeben; nur ist damit die Schwierigkeit keineswegs „beseitigt, indem wieder die Grenze dieser beiden Fälle neue „Zweifel erregt."

Weiter gehen Brinz [11]) und gleichzeitig Bekker [12]). Beide finden in diesem Lehrsatze nur einen verfehlten Versuch zur Lösung eines ziemlich schwierigen Problems.

§. 5.

Viel weiter als alle im §. 4 angeführten Schriftsteller ent-

---

[8]) S. 23. Note 2. S. 26. Note 5.

[9]) Ribbentrop §. 5 folgg. Auf dieses Verhältniß der Ribbentrop'schen Darstellung zu der Keller'schen macht jetzt auch aufmerksam: Fitting S. 35 u. 36.

[10]) Obl. R. B. 1. S. 168. Note g.

[11]) Gegen Keller und Ribbentrop s. besonders S. 1—4, über die eigene Ansicht von Brinz s. namentlich S. 29—33.

[12]) Ernst Immanuel Bekker die processualische Consumtion im classischen römischen Recht. Berl. 1853. §. 17.

Digitized by Google

fernen sich von der herrschenden Theorie Rückert[1]) und Kuntze[2]), indem sie den Lehrsatz von der Einheit der Obligation mehrerer Correalgläubiger oder Correalschuldner ganz verwerfen, und behaupten, auch im Gebiete der eigentlichen Correalobligationen seien, gerade wie in dem der von Ribbentrop so genannten blos solidarischen Verbindlichkeiten, eben so viele Obligationen anzunehmen als einzelne Correalgläubiger oder Correalschuldner vorhanden sind. Die Eigenheiten, wodurch jene sich vor diesen auszeichnen, erklärt Rückert, soweit er sie anerkennt, als Begünstigungen der Schuldner, welche dort eingeführt seien, um dieselben zur freiwilligen Eingehung solcher im Uebrigen für den Gläubiger erwünschten Verhältnisse zu bestimmen und welche hier nicht eingeführt worden seien, weil hier die Solidarität schon auf dem Gesetze beruhe und die Forderungen durch Widerrechtlichkeiten der Schuldner entstehen. Kuntze dagegen sieht darin, daß die mehreren Obligationen denselben Inhalt haben, den Grund, aus welchem die eigentliche Zahlung, die sonstige Leistung des schuldigen Gegenstandes, so wie jede der formellen Solutionsarten (acceptilatio, novatio, Eid und nach älterem Rechte litis contestatio) die Wirkung habe sämmtliche Obligationen aufzuheben oder zu entkräften, eine Consequenz, von welcher man hinsichtlich der formellen Solutionsarten bei den so genannten blos solidarischen Verbindlichkeiten deswegen abgegangen sei, weil diese einen delictartigen oder delictähnlichen Charakter haben.

Auch v. Helmolt[3]) sucht zu zeigen, daß sich die ehemaligen und die noch bestehenden praktischen Unterschiede zwischen eigentlichen Correalobligationen und blos solidarischen Verbind-

---

[1]) Ludwig Rückert zur Theorie der Correalobligationen; Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 12. No. 1.

[2]) Johannes Emil Kuntze die Obligation und die Singularsuccession des röm. und heutigen Rechtes. Leipz. 1856. §. 30—57.

[3]) Theodor Ludwig v. Helmolt die Correalobligationen. Gießen 1857.

Digitized by Google

lichkeiten erklären lassen ohne die Annahme, bei jenen sei nur eine obligatio vorhanden. Besonderes Gewicht legt er einerseits auf eine usuelle Interpretation derjenigen Rechtsgeschäfte, durch welche die eigentlichen Correalobligationen entstehen, und anderseits auf die Rücksicht, die man bei Einführung der sogenannten blos solidarischen Verbindlichkeiten auf den Umstand genommen habe, daß dieselben durch Delicte und sonstige Widerrechtlichkeiten entstehen. Er weist ferner nach, daß die Quellen bei plures rei vielfach von dem Gesichtspunkte mehrerer Obligationen ausgehen. Von den Stellen, die man für die Unitätstheorie anzuführen pflegt, bespricht er nur eine, die er für die wichtigste hält, nämlich fr. 3. §. 1. de duobus reis. Hier findet er wirklich eine Erwähnung dieser Theorie, aber nur in dem Sinne, daß der in der Stelle besprochene Rechtssatz sich als richtig zeige, auch wenn man von der Theorie einer obligatio ausgehe. Er findet diese Theorie in der Stelle durchaus nicht angenommen. Er behauptet, die Durchführung derselben würde zu Resultaten führen, die dem wahren Sachverhalt nicht entsprechen. Er läßt es aber dahingestellt sein, ob sich nicht vielleicht die römischen Juristen durch diesen rein formellen theoretischen Gesichtspunkt zu Deductionen verleiten ließen, welche der wahren Absicht der Contrahenten keineswegs entsprechen, und ob nicht auf diese Weise das aufgekommen sei, was Justinian in der c. 28. C. de fidejussoribus abschafft.

Ueber das auffallende fr. 18. de duobus reis, eine der Hauptstützen der Ribbentrop'schen Theorie, äußern sich die in diesem und dem vorigen Paragraphen erwähnten Schriftsteller auf sehr verschiedene Weise [4]).

---

4) Gegen Ribbentrop: Brinz S. 33, und Kuntze S. 154 folgg. Nicht den Sinn der Stelle, sondern nur den Grund derselben fassen anders als Ribbentrop auf: Rückert S. 19 folgg. v. Helmolt S. 106 folgg. und jetzt Girtanner Stipulation S. 265. Anm. 207, der früher, Bürgsch. S. 408, eine andere Erklärung versuchte. Besondere Abhandlungen über diese

Digitized by Google

Die Kritik aller angeführten Schriften [5]) kommt zu dem Resultat, daß keine derselben die herrschende Theorie widerlegt oder gar die Haltbarkeit einer andern nachgewiesen habe [6]).

Was in dieser Materie für die Wissenschaft noch zu thun sei, darauf macht besonders aufmerksam eine von Windscheid

---

Stelle geben: C. Wirth im Arch. f. civ. Praxis Bd. 39. Nr. 6 und jetzt C. J. Bekker in seinem und Muther's Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 3. No. IV. 2. S. 123 folgg.

[5]) Ueber Brinz, Bekker (processs. Consumtion §. 17) und Rückert s. Kuntze a. a. O. S. 125 folgg., über Kuntze s. Bekker in der Heidelberger krit. Zeitschrift f. d. ges. Rechtswissensch. B. 3. S. 457 folgg. und Dworzak in der krit. Ueberschau B. 4. S. 57 folgg., über v. Helmolt s. Zimmermann in der Heidelb. krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtsw. B. 5. S. 147 folgg., über alle endlich mit Ausnahme der beiden besonderen Abhandlungen über fr. 18. cit.) s. Windscheid in der krit. Ueberschau B. 6. S. 209 folgg.

[6]) Dworzak, Zimmermann und Windscheid erklären sich für die Keller-Ribbentrop'sche Theorie. Weniger günstig sind ihr folgende Aeußerungen. Bekker in der cit. Heidelberger Zeitschr. sagt: „So viel in „den letzten Jahrzehnten das Thema der Correalobligationen behandelt ist, „wer sich nicht in die eigene irgendwo öffentlich ausgesprochene Ansicht verliebt hat, „der wird zugeben, daß diese Lehre noch nicht genügend dargestellt ist. Eine „Zeit lang glaubten viele an der Keller-Ribbentrop'schen Formel, „Einheit des objectiven Bestandes aber Mehrheit der subjectiven Beziehungen, „einen Talisman zu besitzen, der das Wesen der Correalobligationen völlig „aufkläre. Aber gerade in neuester Zeit treten mehr und mehr Gegner jener „Formel auf, und wenn Keller in der neuen Ausgabe des Civilprocesses bei„läufig die Einwendungen der Gegner als unhaltbar bezeichnet, so dürfte, was „ihm ein Irrthum scheint, nach seinem eigenen Ausdruck, „„eine noch nicht „von allen anerkannte Wahrheit““ sein.“ Ferner die Redaktion der Heidelberger Zeitschrift vor der angeführten Zimmermann'schen Recension: „Keller und Ribbentrop haben für die Lehre von der Correalobligation „unzweifelhaft den Grund gelegt, indem sie an der Hand der Quellen nach„wiesen, daß wesentliche Unterschiede dieser Obligationen von den blos solida„rischen bestanden und theilweise noch im Justinianischen Recht bestehen. „Das Dogma jedoch, das sie zur Erklärung aufstellten, daß nämlich correale „Obligationen nach römischer Anschauung nur eine Obligation in objectiver

herrührende Collectivrecension der in den §§. 4 und 5 angeführten und anderer in demselben Zeitraume erschienener Schriften [7]).

§. 6.

Später wurde die Natur der Correalobligationen von Neuem besprochen in zwei Schriften, welche an dem Grundgedanken festhalten, der der früheren Aufstellung Girtanner's zu Grunde liegt. Girtanner selbst nämlich legt seine jetzige Auffassung dar in einem Paragraphen seines Werkes über die Stipulation [1]),

„Beziehung bildeten, während dies bei den Solidarobligationen nicht der Fall „sei, beruht nur auf einem Schluß aus den Quellen und hat manches Be„denkliche. Namentlich ist bis jetzt ein innerer Grund nicht aufgefunden, „warum die Römer bei solchen Verpflichtungen Mehrerer bald nur eine Ob„ligation (Correalobligation), bald mehrere Obligationen (Solidarobligationen) „annehmen, und es fehlt ein Criterium, nach welchem man hierher gehörende „Verhältnisse der einen oder der andern Klasse mit Sicherheit zuweisen könnte. „So blieb die Lehre unvollendet und allerdings in einer Art von Erstarrung, „bis in neuerer Zeit Oppositionsversuche gegen sie laut wurden, welchen bei „dieser Sachlage die Berechtigung nicht abzusprechen ist. Der vollständigste „Versuch dieser Art ist die vorliegende Arbeit von Helmolt, die mit Fleiß „verfaßt ist und mit Ueberzeugung eine abweichende Ansicht vorträgt, wenn auch „durch sie keineswegs unsre so schwierige Lehre entwirrt ist." Hierher gehört auch eine Aeußerung Ihering's in der Abhandlung: „Unsere Aufgabe," womit er seine und v. Gerber's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privatr. Bd. 1. Jena 1857 eröffnet. Er spricht dort S. 26 u. 27 von Fragen der „höhern Jurisprudenz," welche in der unmittelbaren Gegenwart vorzugsweise das Interesse und die Geister beschäftigen." Nach Erwähnung einiger andern Fragen, die er hierher zählt (und von denen eine ihm Veranlassung gibt Kuntze's citirte Schrift anzuführen, deren Darstellungsweise er tadelt) fährt er wörtlich so fort: „Zu der Zahl dieser Fragen „gehört vor Allem auch die Construction der Correalobligationen, an der sich „jetzt Kuntze in der angeführten Schrift in einer Weise versucht hat, die die „Vertheidigung der herrschenden Lehre zu keiner leichten Aufgabe macht."

[7]) Krit. Ueberschau B. 6 S. 209 folgg.

[1]) Wilhelm Girtanner die Stipulation und ihr Verhältniß zum Wesen der Vertragsobligation insbesondere zum Creditum, Kiel 1859, XV. Correalstipulation. S. 252—274.

Digitized by Google

und Fitting erörtert den Gegenstand ausführlich in einem besonderen Werke [2]).

Beide Schriftsteller gehen, wie Brinz und Bekker, von der Voraussetzung aus, Ribbentrop habe die Natur der von ihm so genannten blos solidarischen Obligationen unwiderleglich nachgewiesen und zugleich von der Voraussetzung, Ribbentrop habe auch unwiderleglich gezeigt, daß die Natur der Correalobligationen von der der so genannten blos solidarischen Verbindlichkeiten wesentlich verschieden sei. Nur über das Wesen derjenigen Verhältnisse, welche Ribbentrop als eigentliche Correalobligationen gelten läßt, sind sie anderer Ansicht als Ribbentrop. Sie beschränken daher beide ihre Erörterungen im Ganzen [3]) auf die Correalobligationen im engern Ribbentrop'schen Sinne, und Fitting die seinigen fast ganz auf die Correalobligationen aus Stipulationen und Vermächtnissen [4]).

Gegen Keller und Ribbentrop trägt Fitting Gründe vor [5]), die sich meines Erachtens nicht widerlegen lassen.

Was seine eigene Theorie [6]) betrifft, welcher die jetzige Girtanner'sche sehr nahe kommt, so bringt sie die Correalobligationen mit den alternativen Obligationen in enge Verbindung. Wie bei Contrahirung alternativer Obligationen zunächst noch eine Ungewißheit darüber vorhanden sei, welche von mehreren Leistungen die eigentlich geschuldete sei, so lehrt Fitting, sei bei Contrahirung von Correalobligationen noch eine Ungewißheit darüber vorhanden, welche von mehreren Personen der eigentliche Gläubiger oder Schuldner sei; erst durch Auswahl (electio) werde in beiden

---

2) Hermann Fitting die Natur der Correalobligationen, Erl. 1859.

3) S. jedoch unten Note 11 folgg.

4) Fitting §. 3.

5) Fitting §. 4—22 und später bei Entwickelung seiner eigenen Ansicht, namentlich in §. 32 u. 38.

6) Fitting §. 23 folgg.

Digitized by Google

Fällen die Ungewißheit gehoben. Aus diesem Gesichtspunkte und nicht aus der allgemeinen processualischen Consumtion erklärt denn Fitting auch, daß die litis contestatio bei passiven Correalobligationen den nicht belangten Schuldner, so weit die angestellte Klage ging, befreite, bis Justinian dieses durch die c. 28. C. de fidejussoribus abschaffte, und daß sie bei activen dem nicht klagenden Correalgläubiger sein Recht entzieht [7]), welches letztere auch nach dem neuesten Rechte noch gelte [8]).

Fitting erkennt an, daß die römischen Rechtsgelehrten, wenn von einem Correalverhältniß die Rede ist, bald von einer bald von mehreren Obligationen sprechen [9]). Dieses erklärt er auf folgende Weise. Er sagt: durch ein Correalgeschäft werde jeweils nur eine obligatio contrahirt, aber mit der angegebenen einstweiligen Ungewißheit. Diese Ungewißheit könne man nun auf zweierlei Weise auffassen: einmal als Ungewißheit darüber, ob die eine oder die andere von mehreren Obligationen, jede mit einem bestimmten andern Gläubiger und beziehungsweise Schuldner, vorhanden sei, und dann als Ungewißheit darüber, ob bei einer und derselben obligatio die eine oder die andere der mehreren bestimmten Personen Gläubiger und beziehungsweise Schuldner sei. Der Frage, welche dieser beiden Auffassungen die richtige sei, haben die römischen Rechtsgelehrten zu wenig praktische Wichtigkeit beigelegt, um sie einer ernstlichen Erörterung für würdig zu halten. Daher komme es denn, daß sie schwankend bald dem einen bald dem andern Sprachgebrauche folgen [10]).

Zwischen den passiven Correalobligationen und den sogenannten blos solidarischen Verbindlichkeiten findet Fitting in

---

[7]) Fitting §. 10, 11 und 32.

[8]) Fitting §. 38.

[9]) Fitting §. 4.

[10]) Fitting §. 23.

Digitized by Google

praktischer Hinsicht in dem älteren Rechte nur den einen Unterschied [11]), daß dort und nicht auch hier die in der Anstellung der Klage gegen den einen correus liegende Auswahl den andern befreit, und im neuesten Rechte nur den, welchen Justinian durch seine die Unterbrechung der Verjährung bei Correalobligationen betreffende singuläre Verordnung [12]) herbeigeführt habe [13]). Die Veranlassung aber dazu, daß im römischen Rechte zwei theoretisch so verschieden aufzufassende Arten von Rechtsverhältnissen neben einander statuirt worden seien, findet er darin, daß in der einen Klasse von Fällen rechtliche Nothwendigkeit die Obligirung jedes von mehreren Schuldnern zur Leistung desselben Ganzen und zugleich die Befreiung eines jeden derselben durch die Leistung von Seite des einen herbeiführe, während die ähnliche Erscheinung in der andern Klasse von Fällen nur ein Product des Privatwillens Derjenigen sei, die das obligatorische Rechtsgeschäft errichten, und nur durch künstliche Mittel herbeigeführt werden könne, deren Natur für die Natur des dadurch erzeugten besonderen Rechtsverhältnisses maßgebend sein müsse [14]).

§. 7.

Einen neuen Versuch zur Lösung der Fragen, auf welche es nach dem Vorgetragenen hauptsächlich ankommt, werde ich mir erlauben in dieser Zeitschrift zur Prüfung vorzulegen.

---

[11]) Fitting §. 39 verbunden mit den §§. 8, 9, 12 u. 13, wo er zeigt, daß, auch wenn man von Ribbentrop's Auffassung der blos solidarischen Obligationen ausgeht, kein hinreichender Grund vorhanden ist, der Acceptilation, der Novation oder dem liberatorischen Eide hier weniger Wirkung zuzuschreiben als bei den eigentlichen Correalobligationen, oder dem absolutorischen Urtheil bei den letzteren mehr Wirkung zuzuschreiben als bei den ersteren.

[12]) C. 5. C. de duob. reis stip. et promitt. (8. 40). Jetzt bezieht Fitting diese Stelle auch auf die von ihm nach Ribbentrop so genannten blos solidarischen Verbindlichkeiten, und findet mithin im Justinianischen Rechte gar keinen praktischen Unterschied mehr zwischen diesen und den eigentlichen Correalobligationen.

[13]) Fitting §. 38. S. 237. §. 40. S. 251, 252 u. 256.

[14]) Fitting §. 37.

Digitized by Google

Die Theorie, die ich zu entwickeln gedenke, kommt keiner der hier besprochenen bisherigen Theorien so nahe, als derjenigen, welche vor Keller und Ribbentrop die gewöhnliche war. Sie geht dahin, daß das Unitätsprincip bei Correalobligationen allerdings begründet sei, daß es aber, richtig verstanden, in allen den Fällen, in welchen man vor Ribbentrop den Ausdruck Correalobligationen gebrauchte, gleichmäßig gelte.

Diese Theorie gedenke ich in zwei Abhandlungen zu entwickeln, zu welchen der gegenwärtige Aufsatz als Einleitung dienen soll. Die erste dieser Abhandlungen soll dem Falle der Correalstipulationen gewidmet sein, den ich als den Musterfall ansehe; in der zweiten sollen die übrigen Fälle, die man vor Ribbentrop den Correalobligationen beizählte, einer nach dem andern, erörtert werden [1]).

Von Demjenigen, was ich in der ersten Abhandlung nachzuweisen gedenke, hebe ich hier Folgendes heraus:

Ich gedenke aus der Fassung der Correalstipulationen, aus den in den Quellen aufgestellten Regeln über Erfordernisse und Wirkungen derselben und aus dem Sprachgebrauche der Quellen nachzuweisen, daß es sich hier jeweils um eben soviele, in der Regel sofort entstehende, einzelne Obligationen handelt, als einzelne correi vorkommen, daß aber die römische

---

1) Meine Arbeit war schon niedergeschrieben, als Girtanner's und Fitting's im vorigen Paragraphen besprochene Werke erschienen. Ich erwähne dies deswegen, weil Fitting, (theilweise auch Girtanner, und ich in mehreren wichtigen Punkten unabhängig von einander auf denselben neuen Gedanken gekommen sind, und weil ich in diesen Punkten meine frühere Darstellung beibehalte und nur in den Anmerkungen auf die übereinstimmende Darstellung Fitting's und Girtanner's verweise. Uebrigens berücksichtige ich beide Werke mit Sorgfalt und erkenne mit Vergnügen an, das besonders das, was ich aus Fitting's Buche lernte, zur Vervollkommnung meiner Arbeit wesentlich beigetragen hat, obgleich die Theorien, die wir aufstellen, von einander bedeutend abweichen.

Digitized by Google

Jurisprudenz alle diese neben einander bestehenden Obligationen auch als eine Gesammtobligation ansieht, und zwar aus keinem andern Grunde als deswegen, weil sie durch einmalige Leistung des gemeinsamen Gegenstandes oder eines rechtlich zulässigen Surrogates alle aufhören, und weil sie zugleich sämmtlich Hauptobligationen sind, die aus einem und demselben Obligationsgrunde entspringen.

Von der culpa des einen Correalschuldners hoffe ich zu zeigen, daß der andere dafür ebensowenig einzustehen hat, als für dessen mora.

Von der ehemaligen Befreiung des einen Correalschuldners durch litis contestatio über eine Klage gegen den andern wird sich herausstellen, daß sie nicht auf der durch Gajus erst bekannt gewordenen processualischen Consumtion beruhte, sondern auf andere Weise zu erklären ist, und zwar auf ähnliche Weise wie eine analoge Erscheinung bei einer Art von alternativer Obligation, daß aber die fragliche Wirkung der litis contestatio nicht so ausnahmslos galt, wie dies nach der Keller-Ribbentrop'schen Theorie vorausgesetzt wird, und daß sie, soweit sie galt, erst durch eine besondere Verordnung Justinian's abgeschafft wurde.

Von der Ausschließung eines der Correalgläubiger durch die litis contestatio über die Klage des andern werden wir sehen, daß sie wieder auf andere Weise zu erklären ist und auch nach dem neuesten Rechte noch eintritt.

Was die Ereignisse betrifft, wodurch Obligationen, die nicht Correalobligationen sind, aufgehoben oder entkräftet werden, so wird es sich zeigen, daß sie in der Regel nur die obligatio desjenigen Correalgläubigers oder Correalschuldners afficiren, in dessen Person sie Statt finden und nur ausnahmsweise die Gesammtobligation, und zwar nur in dreierlei Fällen, nämlich erstens da, wo dasselbe auch eintreten würde, wenn

Digitized by Google

mehrere von einander ganz unabhängige Obligationen beständen, die auf denselben Gegenstand gehen, zweitens da, wo das richtig verstandene Unitätsprincip es mit sich bringt, und endlich drittens da, wo es als Folge einer unter den correi bestehenden Societät angenommen worden ist.

In der zweiten Abhandlung gedenke ich zu zeigen, daß die in den hier zu besprechenden Fällen Statt findende Correalität überall dieselbe Natur hat wie diejenige, die in dem Musterfalle eintritt, welcher die erste Abhandlung gewidmet ist, daß namentlich die Fälle nicht auszunehmen sind, in welchen Ribbentrop blos solidarische Verbindlichkeiten annimmt, ja, daß unter diesen Fällen sich sogar solche befinden, von welchen die Quellen ausdrücklich, und theilweise mit besonderer Betonung, sagen, es seien hier plures rei promittendi vorhanden.

Theils in der ersten theils in der zweiten Abhandlung sollen anhangsweise die alternativen Obligationen, das Verhältniß des Hauptschuldners und des Bürgen und endlich das Verhältniß des eigentlichen Schuldners und Derjenigen, der mit einer sogenannten actio adjectitiae qualitatis belangt werden kann, in vergleichende Betrachtung gezogen werden.

In diesen Anhängen wird es sich unter Anderem zeigen, daß der Hauptschuldner und der Fidejussor, so wie der Hauptschuldner und Derjenige, der mit einer actio adjectitiae qualitatis belangt werden kann, nicht nur keine Correalschuldner sind, sondern sich auch nicht in einer obligatio befinden, wie mehrere Correalschuldner, daß vielmehr diejenigen Erscheinungen, die bei Correalobligationen aus dem Einheitsprincip zu erklären sind, hier, so weit sie vorkommen, auf eine andere Weise ihre Erklärung finden. Ferner wird es sich zeigen, daß da, wo ein Gläubiger in Folge der Einführung der actiones adjectitiae qualitatis zwischen mehreren Klagen wählen kann, die litis contestatio über

Digitized by Google

die eine derselben die andere noch nach dem neuesten Rechte in demselben Maaße ausschließt, wie dies zur Zeit der klassischen Juristen der Fall war [2]).

---

[2]) Dasselbe wird sich auch da zeigen, wo wegen eines Delictes eines Sclaven oder wegen einer von einem Thiere angerichteten pauperies Noralklagen gegen mehrere Eigenthümer, oder gegen Mehrere, die wie Eigenthümer behandelt werden, gegen Jeden solidarisch, zulässig sind.

Digitized by Google

VII.

Zur Lehre von der Gemeinschaft der Beweismittel *).

Von dem

Herrn Professor C. Bolgiano in München.

A. Bei Zeugen und Urkunden.

I. Alle Rechtslehrer sind darüber einverstanden, daß der Satz „testes et documenta productione fiunt communia“ für den direkten Gegenbeweis in seinem Verhältniß zum Hauptbeweis und umgekehrt Geltung habe. —

Vgl. c. 19. X. (3. 39.) fr. 26. §. 2. D. (16. 3.) D. A. v. 1600 §. 28.

Der Produkt kann sich daher der vom Produzenten dargebrachten Beweismittel zur Führung seines direkten Gegenbeweises bedienen, wenn sie etwas hiefür Dienliches enthalten, obgleich er sie innerhalb der Reprobatorialfrist nicht in Vorschlag gebracht, und umgekehrt, kann der Produzent die vom Produkten vorgebrachten

*) S. meine vergleichende Darstellung des gemeinen deutschen und bayer. Civilprozesses. Erlangen 1854. Abth. II. S. 144 fg.

Digitized by Google

Reprobationalmittel auch zur Führung des Hauptbeweises gebrauchen, wenn er sie gleich innerhalb der Beweisfrist nicht benannt hatte. Hieraus folgt weiter, daß der Produzent weder Einwendungen gegen seine Beweismittel mehr machen, noch dieselben fallen lassen kann[1]), ausgenommen, er verzichtete auf seinen ganzen Beweis. Er darf also keine Einreden gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen vorbringen, welche er selbst vorgestellt, er darf die Urkunden nicht diffitiren, welche er selbst vorgelegt hatte[2]).

---

[1]) Knorr im Archiv Bd. 23. S. 111. leitet den obigen Satz nicht aus der Gemeinschaft der Beweismittel ab, sondern aus dem in der Natur der Sache liegenden Princip, daß wenigstens im selben Rechtsstreit gegen denselben Gegner Jeder dasjenige als wahr anerkennen muß, was er für sich als wahr angeführt hat. Allein hierin besteht ja gerade das, was man die Gemeinschaft der Beweismittel nennt; es handelt sich also bloß um eine verschiedene technische Benennung für eine und dieselbe Sache! —

[2]) Der Satz, daß Produzent die einmal benutzten Beweismittel nicht zurückziehen dürfe, gilt nicht bloß dann, wenn dieselben für den Produkten, sondern auch dann, wenn sie für den Produzenten (natürlich unvollständig) beweisen. Dieß zeigt sich z. B. bei der Gewissensvertretung. Liefert die Gewissensvertretung mehr als eine halbe Probe, so muß der Delat das Suppletorium abschwören und er kann nicht durch Aufgeben des Beweises pro exoneranda conscientia auf den Schiedseid rekurriren und denselben dem Deferenten zurückschieben. A. M. Schmid Hdb. II. S. 372. Note 21:

Liefert aber die Gewissensvertretung weniger als halbe Probe, so sollte nach dem Resultate dieses unvollständigen Beweises der Deferent zum Purgatorium kommen; und meines Erachtens kann ihm auch dieser Notheid nicht entzogen werden. Anderer Meinung ist indessen v. Bayer, welcher lehrt (S. 902):

Bei weniger als halben Beweis wird dem Deferenten der Reinigungseid aufgelegt. Wenn jedoch der Delat in diesem Fall auf das Resultat seiner Beweisverführung verzichtet, — was ihm wohl nicht mit Grund versagt werden kann, (a. M. ist wegen analoger Anwendung des Princips der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel auf den Eid Bolgiano, vergl. Darstell. des gemein. und bayr. Civilproz. II. S. 202. Note *)) — so steht es ihm dann ebenfalls frei, zu dem deferirten Eid zurückzukehren und denselben zu auftiren. Denn außerdem würde er sich in einer nachtheiligeren Lage befinden, als wenn er gar nichts bewiesen hätte."

Digitized by Google

Aber auch dann, wenn der Produkt das zu seinen Gunsten sprechende Beweismittel in Bezug nimmt, und der Produzent nicht daran denkt, dasselbe zurückzuziehen, muß es doch der Richter seinem vollen Inhalt nach berücksichtigen, denn es ist ein anerkannt richtiges und unbestrittenes Princip, daß der Richter den Werth jedes Beweismittels im Ganzen zu prüfen hat, somit die Gründe für und gegen die Wahrheit des Beweissatzes aus dem Gesammtergebniß der Beweisführung entnehmen muß. Der direkte Gegenbeweis hat dasselbe Thema, wie der Hauptbeweis, erscheint daher als ein integrirender Theil des Hauptbeweises und kann davon schlechterdings nicht getrennt werden. Soll der Richter aus den ihm dargebrachten Beweismitteln von der Wahrheit einer Thatsache überzeugt werden, so kann das nicht anders geschehen, als daß er zu gleicher Zeit auch die für die Unwahrheit sprechenden Gründe einer Prüfung unterwirft. Vgl. auch l. 21. §. 3. D. (22. 5.) c. 14. Cod. (4. 21.) c. 13. X. (2. 22).

Hesse in Archiv Bd. 23. S. 7.

Knorr in Linde's Zeitschrift Bd. 17. S. 115.

Es liegt in der Natur der Dinge, daß diese Sätze auch dann gelten, wenn diejenige Partei, welche die gemeinschaftlich gewordenen Beweismittel für sich benutzen will, ihrerseits gar keinen Beweis angetreten, oder mit dem angetretenen ganz oder theilweise durchgefallen ist.

Anderer Meinung ist bezüglich des Hauptbeweisführers wegen des Satzes „actore non probante reus absolvitur"

Hesse a. a. O. S. 14.

Vgl. dagegen Knorr l. c. S. 123—125.

Bestritten ist nun aber die Frage: ob die Gemeinschaft der Beweismittel auch auf das Verhältniß des Hauptbeweises zum indirekten Gegenbeweis auszudehnen sei, ob also der für den Klaggrund vorgeschlagene Zeuge auch zum Beweis der Einrede benutzt werden kann, und umgekehrt der für die Einrede vorgeschlagene Zeuge auch für den

Digitized by Google

Beweis der Klage. Es existiren hierüber bereits 4 verschiedene Ansichten.

a) Einige Rechtslehrer bejahen die Frage, jedoch mit der selbstverständlichen Beschränkung, daß die betreffende Einrede, Replik ꝛc. rechtzeitig vorgeschützt und also auf den Beweis derselben interloquirt wurde (laxe Ansicht) v. Bayer 7. Aufl. S. 571. 8. Aufl. S. 933 u. 934.

b) Andere verlangen, daß der betreffende Beweis, für welchen der Zeuge des Produzenten benutzt werden soll, rechtzeitig angetreten, und auch nicht wegen Unerheblichkeit oder Unzulässigkeit verworfen worden war (1. Mittelmeinung)

Linde im Lehrbuch, §. 251 in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß Bd. 6. S. 283, und neuerdings wieder im Archiv für die civ. Praxis Bd. 24. S. 77 fgl.

c) Wieder Andere verlangen noch mehr, daß nämlich der Einredebeweis theilweise gelungen sei (2. Mittelmeinung)

Spangenberg im Archiv Bd. 5. S. 418 fgl.

Endlich: d) Neuere Rechtslehrer verneinen die obengestellte Frage unbedingt und wollen also die Gemeinschaft der Beweismittel auf den indirekten Gegenbeweis in keinem Falle ausdehnen, auch dann nicht, wenn ein Hauptbeweis angetreten und dieser theilweise gelungen war.

Hesse im Archiv Bd. 23. S. 15—25.

Knorr a. a. O. S. 125 fgl.

Daß die beiden Mittelmeinungen zu verwerfen seien, hat bereits Linde gegen Spangenberg, und Hesse gegen Linde überzeugend dargethan. Denn die Gemeinschaft der Beweismittel enthält eine Ausnahme von der peremtorischen Natur des Beweistermins. Diese letztere wird aber bei Annahme der beiden Mittelmeinungen geradeso verletzt, als bei Zugrundlegung der ersten (laren) Ansicht; die genannte Eigenschaft der Beweisfrist wirkt geradesogut gegen einzelne versäumte oder nicht gebrauchte Beweismittel, wie gegen den versäumten Beweis im Allgemeinen; was vom Einen gilt, muß nothwendig auch vom Andern gelten;

Digitized by Google

denn derjenige, der gar keinen Beweis angetreten hat, verliert alle seine Beweismittel, derjenige aber, der nur einzelne Beweismittel gebraucht hat, verliert die übrigen, welche seine Beweisantretung nicht enthält. Wenn daher der Beklagte, sofern er einen Einredebeweis angetreten, die vom Kläger für den Klagegrund vorgeschlagenen Beweismittel für den Beweis seiner Einreden benutzen darf, obgleich er sie hierfür nicht benannt hatte, so darf er sie gewiß auch in dem Fall benutzen, wenn er gar keinen Einredebeweis angetreten hatte. Linde selbst, der Vertreter der ersten Mittelmeinung, sagt, der Grundsatz der Gemeinschaft der Beweismittel beruhe zuletzt auf der Idee, den Sieg des materiellen Rechts zu ermitteln und den Richter nicht in die Lage zu versetzen, aus Rücksicht auf formelles Vorbringen der Parteien gegen den Inhalt der Akten ein Urtheil sprechen zu müssen; ein Rechtssatz, der auf solchen Rücksichten beruhe, müsse möglichst unbeschränkt erhalten werden. Von einer unbeschränkten Erhaltung kann aber keine Rede sein, wenn die Anwendung des Rechtssatzes voraussetzt, daß der Impetrant selbst einen Beweis angetreten habe! — Consequent erscheinen also bloß die beiden extremen Ansichten: man muß den Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit bezüglich des indirekten Gegenbeweises entweder unbedingt zulassen, oder unbedingt verwerfen.

Für die letztere strenge Ansicht haben sich Knorr und Hesse erklärt, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Der Grundsatz der Gemeinschaft der Beweismittel in seiner Ausdehnung auf den indirekten Gegenbeweis widerspricht der peremtorischen Natur des Beweistermins und also der analogen Anwendung der Vorschriften des J. R. A. §. 37. Er könnte daher nur durch ausdrückliche positive Bestimmungen, oder erhebliche rationelle Gründe gerechtfertigt werden.

2) An positiven Anhaltspunkten fehlt es aber hier ganz und gar. Denn die Stellen, aus welchen man das Princip der Gemeinschaft abgeleitet hat, enthalten davon keine Sylbe und

Digitized by Google

bieten nicht einmal Analogieen dar, welche zur Rechtfertigung jenes Princips auch nur entfernt hinreichend erscheinen.

Vgl. Hesse l. c. S. 2—9.

Knorr a. a. O. S. 132—138.

Es läßt sich daher gesetzlich nicht begründen, daß dem Kläger die Befugniß zustehe, von Beweismitteln zu seinem Vortheil Gebrauch zu machen, die er nicht in der gehörigen Zeit benannt hat.

3) Aber auch aus allgemeinen Gründen kann die Gemeinschaft der Beweismittel in ihrer Ausdehnung auf den indirekten Gegenbeweis [4]) nicht gerechtfertigt werden, denn sie verstößt, wie schon gesagt, gegen die peremtorische Natur der Beweisfrist. Wenn dem Beweisführer nicht erlaubt ist, ein von ihm zum Beweissatz a) benanntes Beweismittel nach abgelaufener Beweisfrist für den Beweissatz b) zu gebrauchen — und kein Autor bestreitet dieses — so kann per argumentum a fortiori auch seinem Gegner keine ausgedehntere Benutzungsart dieses Beweismittels verstattet werden.

Knorr l. c. S. 125 fgl.

So plausibel nun auch diese Gründe sind, so dürften sich dieselben, meines Erachtens, doch nicht bei allen Beweismitteln, wenigstens nicht bei Urkunden, rechtfertigen lassen und demnach in ihrer Allgemeinheit nicht stattfinden. Es lassen sich grade bei Urkunden, rationelle Gründe aufstellen, welche dringend für die Ausdehnung des Princips der Gemeinschaft auf den Einredebeweis sprechen. Nach meinem Dafürhalten

---

4) Für den direkten Gegenbeweis gibt es freilich eine Gemeinschaft der Beweismittel, weil der direkte Gegenbeweis im Thema mit dem Hauptbeweis zusammenfällt, also ein integrirender Bestandtheil des Hauptbeweises ist, und sich von diesem gar nicht trennen läßt. Ganz anders beim indirekten Gegenbeweis, der auf ein völlig verschiedenes Thema geht! —

Digitized by Google

ist also zwischen Zeugen und Urkunden zu unterscheiden:

1) Beim Zeugenbeweis ist die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit auf den Einredebeweis nicht auszudehnen [5]). Hier gilt also das Obengesagte in seiner vollen Ausdehnung.

Der Zeuge darf nur über dasjenige gefragt werden, worüber er vorgeschlagen wurde, also nur über die Artikel, welche der Produzent seiner Zeit, d. h. beim Beweisantritt, eingereicht hatte, resp. nur über dasjenige, was dem Probanten im Beweis interlocut zu beweisen aufgegeben wurde. Will aber der Zeuge beim Verhör von dem abschweifen, worüber er gefragt wird, so liegt es in der Direktorialpflicht des Richters, solche Abschweifungen zurückzuweisen. Denn in ihrer Berücksichtigung würde eine Ungerechtigkeit wider den Beweisführer liegen, der auf einen solchen Angriff nicht vorbereitet war, und welchem bei der Vernehmung der von ihm produzirten Zeugen die Möglichkeit benommen würde, bezüglich dessen, was dieselben über die Einreden aussagen, Fragestücke einzureichen, während doch das Recht hierauf dem Betheiligten nicht entzogen oder verkürzt werden darf.

Hesse l. c. S. 16.

Knorr a. a. O. S. 129 u. 130.

Würde daher der Probatorialzeuge, der über die Entstehung der Schuld vernommen wird, erzählen, daß er ein halbes Jahr nachher bei der Heimzahlung zugegen gewesen, so müßte ihn der Richter bedeuten, daß dieses factum nicht zur Sache gehöre, daß er, Zeuge, nicht darüber gefragt worden, und daß daher diese seine Aussage nicht in das Protokoll aufgenommen, und also nicht berücksichtigt werden könne. Würde aber eine solche Deposition dennoch in's Protokoll aufgenommen werden, so dürfte davon kein rechtlicher Gebrauch gemacht werden, weil sie auf ordnungs-

---

[5]) Was vom Zeugenbeweis gilt, daß gilt gewiß auch von Sachverständigen, und vom Augenschein. —

Digitized by Google

widrige Weise Theil der Akten geworden war. „Paria sunt, non fieri, aut non legitime fieri [6]).“

Vgl. Hesse a. a. O. S. 26 u. 27.

Ganz anders steht die Sache:

2) Bei Urkunden. Hier ist nach meinem Dafürhalten die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit auf den Einredebeweis auszudehnen. Denn die Urkunden tragen — ihre Echtheit vorausgesetzt — schon gleich ihren Beweisgrund in sich, während sich diese aus den übrigen Beweismitteln erst nach gemachtem Gebrauch ergiebt. (Knorr l. c. S. 134). Der Produkt braucht daher nicht, wie bei den Zeugen, einen eignen Akt, die Fragestellung vornehmen zu lassen, um zu erfahren, ob die Urkunde auch für ihn beweise; vielmehr ist hier der Beweis, den die Urkunde für ihn liefert, bereits in den Akten und zwar durch den Gegner selbst zu den Akten gekommen. Der Produkt, indem er sich auf diese Urkunde im Produktionstermin beruft, überzeugt daher den Richter von der Wahrheit seiner Einreden nicht aus andern als in den Akten enthaltenen Gründen, — das wäre eine Beweisführung womit der Produkt wegen versäumter Beweisfrist ausgeschlossen ist, — sondern aus den Akten selbst.

Ja, es ist nicht einmal nothwendig, daß sich der Produkt auf den ihm günstigen Inhalt des Dokuments besonders berufe; vielmehr muß der Richter die Urkunde, welche in legaler Weise integrirender Bestandtheil der Akten geworden ist, ihrem Gesammtinhalt nach von Amtswegen würdigen. Denn im Vorbringen solcher Urkunden, welche zugleich für den Gegner beweisen, liegt,

---

[6]) Etwas Anderes wäre es, wenn der Beweisführer selbst darauf antragen würde daß der Zeuge über die Tilgung der Forderung gefragt werde, (ob dieselbe noch jetzt fortbestehe, ob sie nicht durch Zahlung, Nachlaß, Compensation ꝛc. erloschen sei). In diesem Fall hätte dasjenige was der Zeuge über die Einreden des Produkten aussagte, denselben Werth, wie dasjenige, was er über den Klaggrund deponirte. Hier würde vom Zeugebeweis dasselbe gelten, was unten (sub v. 2.) vom Urkundenbeweis aufgestellt wird.

Digitized by Google

soweit sie dessen Einreden darthun, ein stillschweigendes gerichtliches Geständniß der Liberirung des Gegners. Der Produzent überzeugt nemlich den Richter von der Wahrheit einer für den Produkten vortheilhaften, also für ihn nachtheiligen Behauptung, und eine solche Thätigkeit ist auf Seite des Produzenten kein Beweis, sondern ein Geständniß, weil der Beweis eine dem Asserenten vortheilhafte Behauptung voraussetzt, das Geständniß aber seinem wesentlichsten Merkmale nach in einer dem Asserenten nachtheiligen Behauptung besteht. Freilich braucht eine solche Behauptung nicht dargethan zu werden, vielmehr wird der Richter schon durch die bloße Aufstellung derselben von ihrer Wahrheit überzeugt. Allein in unserem Fall tritt das Besondere ein, daß der Produzent die ihm nachtheilige Behauptung der Liberirung des Gegners zwar dargethan, nicht aber aufgestelt, oder eingeräumt hatte.

Wäre sie aufgestellt oder eingeräumt worden, so hätten wir ein ausdrückliches Geständniß; da sie aber für den Gegner bewiesen worden, so haben wir ein stillschweigendes Geständniß des Beweisführers. Der Nachweis einer Thatsache hat aber doch mehr Werth, d. h. verschafft dem Richter mehr Ueberzeugung als die bloße Behauptung derselben, wenn sie auch ein Geständniß ist; wenigstens hat der Nachweis ebensoviel Werth, als die ausdrückliche Aufstellung oder Einräumung, denn in dem Nachweis liegt nach dem Satze „in majore minus continetur“ selbstverständlich und stillschweigend auch die Behauptung! — Es wäre somit erwiesen, daß das stillschweigende Geständniß, welches im Vorbringen solcher Beweismittel liegt, wodurch die gegnerischen Einreden dargethan werden, ebensoviel, wo nicht mehr Werth hat, als das ausdrückliche. Da nun zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses die Acceptation des Gegners, der richtigen Ansicht nach, nicht vorausgesetzt, sondern vermuthet wird und also nicht ausdrücklich zu geschehen braucht,

v. Bayer 8. Aufl. S. 707,

so ist auch erwiesen, daß der Produkt nicht nöthig hat, auf die

Digitized by Google

vom Produzenten in seinem Interesse beigebrachten Beweismittel sich besonders zu berufen, daß vielmehr der Richter ex officio darauf Rücksicht nehmen müsse. Nun entsteht aber die Frage: Kann der Produzent den Beweis, welchen die Urkunde über die Einreden des Produkten liefert, kann er diesen Beweis, oder dieses stillschweigende Geständniß nicht durch den Protest, daß er durch den ihm ungünstigen Inhalt der Urkunde nichts einräumen wolle, unwirksam machen? —

Knorr bemerkt am Ende seiner Abhandlung (S. 140) hierüber:

„Da der Produzent die fragliche Urkunde nur zur Führung des ihm obliegenden Beweises produzirt hat, so fehlt es an der zur Giltigkeit des Geständnisses erforderlichen Absicht zu gestehen. S. Linde Civilprozeß §. 236. Note 9."

Es scheint also (nach Knorr's Ansicht), daß es nicht einmal eines ausdrücklichen Protestes bedürfe, um den Beweis, welchen die Urkunden des Klägers über die Einreden des Beklagten liefern, unwirksam zu machen.

Allein das hierin liegende Geständniß des Klägers ist nach dem Obenbemerkten ein gerichtliches, beim gerichtlichen Geständniß aber, dasselbe mag ein ausdrückliches, oder (wie hier), ein stillschweigendes sein, wird der animus confitendi als selbstverständlich präsumirt und kommt daher gar nicht in Betracht.

Bayer 7. Aufl. S. 112.

Ferner: sowenig ein ausdrückliches gerichtliches Geständniß durch einen anfänglichen oder nachfolgenden Protest afficirt werden kann, da dieser doch nur ein einfacher Widerruf des Geständnisses wäre, ein solcher aber bekanntlich unwirksam ist,

Bayer 8. Aufl. S. 703, —

ebensowenig kann das stillschweigende gerichtliche Geständniß, welches in der Produktion von Urkunden liegt, welche für den Gegner beweisen, durch den Protest des Produzenten afficirt werden, daß er die Urkunde nur zur Führung des ihm obliegenden Beweises vorlege, und daß er durch den ihm ungünstigen

Digitized by Google

Inhalt der Urkunde nichts einräumen wolle [7]). Vollkommen gleichgiltig ist es hiebei, welchen Inhalt die Urkunde hat, wenn dieser Inhalt nur überhaupt beweiskräftig ist, d. h. wenn die Urkunde entweder einen jur. Willensakt, oder ein Geständniß des Ausstellers, oder ein gerichtliches Zeugniß enthält. Gehen wir die 3 möglichen Fälle der Reihe nach durch.

a) Die Urkunde ist eine dispositive, sie enthält also einen jur. Willensakt, z. B. eine Schenkung, die unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen worden, deren Eintritt notorisch ist. Gewiß wäre es eine Absurdität, behaupten zu wollen, der Donatar und Kläger könnte, wenn er das Dokument zum Beweis der Schenkung vorlegt, gegen den seinem Gegner vortheilhaften Inhalt desselben, d. h. gegen die Beifügung der Resolutivbedingung, protestiren. Klagegrund und Einrede lassen sich hier schlechterdings nicht trennen. Wenn daher dem Kläger der Beweis der Schenkung, dem Beklagten der Beweis der Beifügung der Resolutivbedingung aufgelegt wurde, so braucht sich der letztere nicht innerhalb der Beweisfrist auf die Schenkungsurkunde zu berufen, um hierdurch den ihm aufgegebenen Beweis anzutreten, sofern der Kläger mittelst dieser Urkunde den Klagegrund nachweist.

Dasselbe ist wohl auch dann der Fall, wenn die Resolutivbedingung erst nachträglich beigefügt wurde. Hier kann zwar

---

[7]) Produzent hat die Urkunde ganz und integraliter vorgelegt, erklärt er nun bei der Vorlage oder nachher, er wolle dieselbe nur bezüglich des ihm günstigen Inhalts produzirt haben, so ist das geradeso, als ob z. B. der Kläger in der Replik sagt: „Ich fordere das Darlehen, es ist zwar zurückbezahlt, aber ich fordere es dennoch, denn ich habe durchaus nicht die Absicht, die Zahlung einzuräumen"; oder beim Beweisantritt im Produktionstermin erklärt: „Ich lege den Schuldschein in originali vor und fordere gestützt hierauf die Rückzahlung des Darlehens. Zwar hat der Beklagte die exc. solutionis opponirt, und mit Recht, denn das Darlehen ist wirklich heimbezahlt, aber ich beabsichtige hiermit durchaus nicht, die exceptio solut. zuzugestehen, denn der Beklagte hat keinen Beweis hierüber angetreten, ist daher sachfällig und muß verurtheilt werden." —

Digitized by Google

der Klagegrund von der Einrede getrennt werden, allein doch kann der Kläger, welcher die Schenkungsurkunde vorlegt, gegen deren Nachtrag nicht protestiren unter dem Vorwand, daß Beklagter sich nicht innerhalb der Beweisfrist darauf berufen habe. Denn der Kläger hat durch die Vorlage des fraglichen Instruments die Existenz einer ihm nachtheiligen Disposition seines Gegners zwar nicht ausdrücklich, aber doch indirekt und mittelbar zugegeben, und dieses Geständniß kann nach dem Obengesagten durch keinen Protest mehr neutralisirt werden. Ebensowenig geht dieses an:

b) Wenn die Urkunde ein gerichtliches Zeugniß zu Gunsten des Beklagten enthält.

Nehmen wir z. B. an, auf der Rückseite des Schuldscheins sei die Zurückzahlung der Schuld auf dem Weg gerichtlicher Deponirung vom Gericht beglaubigt. Kann hier der Kläger, der den Schuldschein produzirt, gegen den ihm nachtheiligen Inhalt, d. h. gegen das gerichtliche Zeugniß, welches auf der Rückseite des Scheins steht, mit Erfolg Protest einlegen? Gewiß nicht! Denn er hat bereits durch Vorlage dieses Zeugnisses dargethan, daß sein Gegner liberirt sei, oder vielmehr er hat dieses gerichtlich, wenn auch nur mittelbar und stillschweigend zugestanden! —

Endlich c) Die Urkunde enthält ein Geständniß des Produzenten, z. B. auf der Rückseite des Schuldscheins steht die Quittung; die zum Beweis der Klage vom Gläubiger produzirte Urkunde macht also zugleich Beweis über die Zahlung. Kann hier der Produzent gegen den ihm nachtheiligen Inhalt des Instruments, d. h. gegen die von seiner Hand geschriebene Quittung protestiren, d. h. kann er sich dagegen verwahren, daß er die Zahlung durch die unterfertigte Quittung einräumen wolle? — Wieder nicht! Denn er hat durch die Vorlage dieser Quittung selber eingeräumt, daß ihm das fragliche Darlehen heimgezahlt worden, und kann daher die Wirksamkeit dieses gerichtlichen, wenn auch nur stillschweigenden Geständnisses durch keinen Protest mehr rückgängig machen. — Es steht demnach fest, daß das Prinzip „documenta productione fiunt communia“ auch vom Ver-

Digitized by Google

hältniß des Klagebeweises zum Einredebeweis gelte. Anderer Meinung ist

Hesse a. a. O. S. 28—21.

Derselbe lehrt:

„Was insbesondere den Urkundenbeweis betr., so finden auf ihn im Allgemeinen alle die Grundsätze Anwendung, welche oben entwickelt wurden. (Seite 23 sagt er nemlich: „Auch dann, wenn die Zeugen oder Urkunden des Klägers und Produzenten sich über eine Einrede verbreiten, kann nach den bisher entwickelten Grundsätzen das Axiom „testes et documenta productione fiunt communia" nicht zur Anwendung gebracht werden"). Indessen gibt der Urkundenbeweis doch zu folgenden besonderen Betrachtungen Anlaß:

α) Was die von einem Dritten ausgestellte, von einer der Parteien produzirte Urkunde betrifft, so gelten bezüglich ihrer die Grundsätze vom Zeugenbeweis. Produzirt aber Jemand:

β) Eine von beiden Theilen zum Behuf wechselseitigen Beweises ausgefertigte Urkunde und der Produkt will dieselbe zum Beweis einer von ihm vorgebrachten Einrede benutzen, worüber er innerhalb der Beweisfrist keinen Beweis angetreten, so ist zwar, nach den früher entwickelten Grundsätzen, der Urkundenbeweis für den Beklagten verloren, allein es treten die Wirkungen des Geständnisses ein, gegen welche in einem solchen Fall keine eingelegte Protestation einen Erfolg haben wird [8]).

Denn räumt in einer Urkunde, die Kläger und Beklagte zusammen aufgenommen haben, der Letztere das Debitum, der Erstere die Zahlung ein, und übergibt diese Urkunde bei Gericht, so liegt in dieser gerichtlichen Uebergabe ein bereits vom Beklagten acceptirtes, also durch keine Protestation mehr zu vernichtendes Geständniß.

Wenn dagegen: γ) die vom Produzenten übergebene, gegen den Produkten beweisende Urkunde noch außerdem eine zum Vortheil des Letzteren gereichende, von diesem noch nicht acceptirte Aeußerung enthält, so kann allerdings eine Verwahrung von rechtlicher Wirkung sein. Z. B. der Kläger beweist das Darlehen durch eine Schuldurkunde, verwahrt sich aber, d. Zahlung durch die unter dem Schuldschein

---

8) Nach Knorr's Ansicht (S. die Schlußworte seiner Abhandlung S. 139 u. 140) können auch bei einer von beiden Theilen behufs wechselseitigen Beweises ausgefertigten Urkunde die Wirkungen des Geständnisses nicht eintreten, weil es an dem zur Giltigkeit des Geständnisses erforderlichen animus confitendi fehlt, da ja der Produzent die fragliche Urkunde nur zur Führung des ihm obliegenden Beweises produzirt hat.

Vgl. aber dagegen das oben Seite 178 Bemerkte! —

Digitized by Google

ſtehende von ſeiner Hand geſchriebene Quittung einräumen zu wollen. Läßt ſich gegen die Statthaftigkeit dieſer Proteſtation mit Beſtand etwas einwenden? Gewiß nicht! Denn die Quittung rührt ja von des Klägers eigener Hand her, befand ſich in deſſen Beſitz, und konnte von ihm, ehe er das Inſtrument produzirte, durchſtrichen werden, in welchem Fall der Beklagte nicht verſuchen wird, daraus etwas zu ſeinem Vortheil zu argumentiren."

Gegen dieſe Ausführung läßt ſich aber mit Grund Folgendes anführen:

1) Heſſe will den Satz „documenta productione fiunt communia" auf den Einredebeweis bloß dann ausdehnen, wenn die Urkunde ein Geſtändniß enthält. Ich glaube aber, dargethan zu haben, daß dieſe Ausdehnung ohne Rückſicht auf den Inhalt der Urkunde, ſoferne dieſer überhaupt beweiskräftig iſt, ſich rechtfertigen laſſe. S. oben lit. a—c.

2) Heſſe will obigen Satz auch bei ſolchen Urkunden, die ein Geſtändniß enthalten, nur unter der Bedingung auf den Einredebeweis ausdehnen, wenn dieſes Geſtändniß vom Gegner durch Mitunterſchrift acceptirt worden.

Mir ſcheint jedoch der Umſtand, ob eine ſolche Urkunde von beiden Theilen, oder nur einſeitig ausgefertigt wurde, gar nicht entſcheidend, die Acceptation des Geſtändniſſes ſomit völlig überflüſſig zu ſein. Denn nirgends ſteht geſchrieben, daß das handſchriftlich abgelegte Geſtändniß (der Schuldſchein, oder die Quittung) die Acceptation des Gegners — d. h. (im Sinn Heſſe's) die Mitunterſchrift des Gläubigers, reſp. des Schuldners — zu ſeiner völligen Wirkſamkeit bedürfe.

Hieraus ergibt ſich aber, daß Heſſe Unrecht hat, wenn er behauptet, der Inhalt der Urkunde, nemlich die Quittung, könne, weil die Mitunterſchrift des Schuldners fehlt, durch einen einfachen Proteſt des Gläubigers und Produzenten effektlos gemacht werden. Auch in dieſem Fall muß die Proteſtation erfolglos ſein, und iſt der Grund davon, wie im vorigen Fall, in den „Wirkungen des Geſtändniſſes" zu ſuchen; aber nicht im außergerichtlichen Geſtändniß, dem zufälligen Inhalt der Urkunde,

Digitized by Google

welches Hesse im Sinn hat, sondern in dem stillschweigenden gerichtlichen Geständniß, das in der Uebergabe von Urkunden liegt, welche für den Gegner beweisen, ihr Inhalt mag sein, welcher er will, wenn er nur überhaupt beweiskräftig ist. (S. oben Seite 177).

Endlich 3). Ganz unrichtig, und höchst befremdend ist die Schlußbemerkung Hesse's, die unter dem Schuldschein befindliche Quittung hätte der Kläger, da sie sich in seinem Besitz befunden, vor der Produktion leicht durchstreichen können und dann wäre sie ja vernichtet gewesen. Allein a) sie wurde ja nicht durchstrichen, und ist also nicht vernichtet! — Sodann: b) Mit welchem Recht konnte denn Kläger die Quittung durchstreichen? — Durfte er das, bloß weil sie in seinem Besitz war und von seiner eigenen Hand herrührte? Gewiß nicht! Die Quittung wurde ja für den Schuldner ausgefertigt und gehörte eigentlich in die Hände des Schuldners, der sie aus purem Zutrauen dem Gläubiger überließ. Dieser hatte bloß dann das Recht der Durchstreichung, wenn er sie in Erwartung baldiger Zahlung ausstellte, die Zahlung aber unterblieben war. Außerdem hatte er kein Recht, die Quittung zu vernichten, vielmehr machte er sich hiedurch des größten Unrechts schuldig; denn die Vernichtung einer Urkunde, welche der Aussteller für seinen Schuldner ausgefertigt, und worauf dieser seine Liberirung gründet, ist ein Falsum und Hesse's Behauptung daher ganz unstichhaltig, der Beklagte werde dann gewiß nicht versuchen, aus der vom Kläger durchstrichenen Urkunde etwas zu seinem Vortheil zu argumentiren. Der Beklagte verliert hiedurch keineswegs seine Rechte, wenn er nur den Kläger überführen, d. h. darthun kann, daß dieser die Durchstreichung eigenmächtig und rechtswidrig vorgenommen hatte. —

II. Bisher wurde ausschließlich die Frage erörtert, worin denn die Gemeinschaft des Beweismittels der Zeugen und Urkunden bestehe, wie weit sie auszudehnen sei (ob auch auf den indirekten Gegenbeweis?), und welche rechtliche Folgen für den

Digitized by Google

Produzenten hieraus entstehen. Es bleibt nun noch die Erörterung der Frage übrig, mit welchem Zeitpunkte die Wirkungen der Gemeinschaft eintreten. Da ich hierüber nichts Neues zu sagen weiß, so kann ich mich sehr kurz fassen.

Die communis opinio geht dahin, daß die Beweismittel erst mit der Realproduktion gemeinschaftlich werden, weil man annimmt, erst mit der Realproduktion habe der Probant von dem Beweismittel Gebrauch gemacht.

Gönner, Hdb. II. 39. §. 8 a. A.

Linde im Archiv Bd. 24. S. 106 a. E.

v. Bayer, 8. Aufl. S. 933 u. 934.

Hesse und Knorr sind aber auch hier als Neuerer aufgetreten, und haben dargethan, daß die Zeugen erst nach der Abhörung, nicht schon mit der Vorstellung gemeinschaftlich werden, weil man erst dann sagen kann, daß ihre Aussagen auf gesetzliche Weise Theile der Akten geworden sind, — die Urkunden dagegen in dem Moment gemeinschaftlich werden, in welchem ihre Aechtheit constatirt ist, also bald nach der Realproduktion, wenn der Produkt im Produktionstermin die Urkunden diffitirt hatte, somit ein Aechtheitsbeweis nothwendig wird, bald schon vor der Realproduktion, wenn der Produkt die abschriftlich vorgelegte Urkunde recognoscirt und also keine Originalproduktion verlangt.

Vgl. Knorr a. a. O. S. 15.

Hesse a. a. O. S. 9—12.

B. Beim Schiedseid.

So bestritten die Lehre von der Gemeinschaft der Beweismittel bei Zeugen, Urkunden ꝛc. ist, auf so einfachen und festen Grundlagen beruht dieselbe beim Schiedseid, und es ist daher auffallend, daß sie die Compendien gerade hier mit Stillschweigen übergehen. Während alle anderen Beiweismittel vom Produzenten

Digitized by Google

ohne Hilfe des Produkten benutzt werden, liegt das Eigenthümliche des Schiedseides gerade darin, daß sein Gebrauch die Mitwirkung des Produkten voraussetzt, und wesentlich in dieser Mitwirkung besteht. Die beweispflichtige Partei erklärt nämlich (Bayer 1842), sie wolle nachgeben, wenn der Gegner die Unwahrheit ihrer Behauptung eidlich bekräftigen würde. Durch diese Erklärung macht also der Deferent den Delaten zum Richter in eigner Sache, er erbietet sich sub conditione jurisjurandi zu einem Verzicht, oder, wie die Röm. Juristen sich ausdrücken: jusjurandum speciem transactionis continet.

fr. 2. D. (12. 2) fr. 21. D. (4. 3). v. Bayer, 7. Aufl., S. 506.

Die Eideszuschiebung ist übrigens kein wirklicher Vergleich, sondern bloß ein Vergleichsvorschlag, denn die Einwilligung des Delaten ist ja zur Delation nicht nothwendig. Erst durch die Erklärung des Gegners wird dieses Offert zum Vertrag, zum wirklichen Vergleich erhoben, jene mag nun in der Acceptation, Relation, Gewissensvertretung oder Rekusation bestehen. Erklärt sich der Gegner gar nicht oder dahin, daß er auf das Offert der Eidesdelation nicht eingehe, so gilt der Eid pro recusato; der Delat wird aber dann nicht aus dem Vergleich zahlungspflichtig, sondern kraft des gesetzlichen Präjudizes. Die Eidesdelation erscheint daher nicht bloß als Vergleichsoffert, sondern auch als Beweismittel [1]).

fr. 38. D. (12. 2) fr. 25. §. 3. D. (22. 3). Weitere Stellen bei Bayer, 7. Aufl., S. 506. 8. Aufl., S. 871/72.

Aus dieser Entwicklung über die Natur des Schiedseides als Vergleichsvorschlag und Beiweismittel lassen sich nun die Grundsätze über die Gemeinschaftlichkeit desselben leicht ableiten, nämlich:

[1]) A. M. Dr. Krauffold in seiner Dissertation über den Eid als Beweismittel. München 1857.

Digitized by Google

I. Ueber den Inhalt und die Ausdehnung der Gemeinschaft.

II. Ueber den Zeitpunkt ihres Eintritts, und

III. Ueber die rechtlichen Folgen derselben für beide Theile.

ad I. Die Gemeinschaftlichkeit des Schiedseides kann sich der Natur der Sache nach bloß auf den direkten, nicht aber auf den indirekten Gegenbeweis beziehen, denn der Kläger deferirt den Eid über den Klaggrund, der Beklagte über den Grund der Einrede, und zwar nach einer Formel, welche mit dem Beweisthema in der Regel coinzidirt. Der Delat kann also den Eid nur nach der ihm vorgeschriebenen Eidesformel ableisten und darf darüber nicht hinausgehen, würde er dieselbe überschreiten, würde er sich Zusätze erlauben, oder etwa gar solche Thatsachen beschwören, die er excipiendo modo vorgebracht, worüber ihm also der Eid gar nicht zugeschoben worden, so hätte sein Schwur keine rechtliche Wirkung.

ad II. Bei den übrigen Beweismitteln ist es bekanntlich bestritten, mit welchem Zeitpunkte die Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit eintreten, ob vor, mit oder nach der Realproduktion (s. oben A. II.) Beim Schiedseid dagegen liegt es in der Natur desselben als species transactionis, daß er in dem Augenblick ein gemeinschaftliches Beweismittel wird, sowie der Delat eine der gesetzlich zulässigen Erklärungsarten auf die Delation abgegeben hat, oder die Frist zur Erklärung unbenutzt verstrichen ist. Ist Ersteres geschehen, (wurde der Eid acceptirt, referirt, oder die G. V. gewählt), so hat der Delat ein Recht auf den Eid erworben und der Deferent muß sich den gesetzlichen Folgen unterwerfen, welche mit der Art der Erklärung des Delaten verbunden sind. Denn nun waltet zwischen den Parteien ein perfekt gewordenes Vertragsverhältniß ob.

Dr. Debes in Zu-Rhein's Zeitschrift für Theorie und

Praxis des Bayer. Civil-, Criminal- und öffentlichen Rechts, Bd. II., Heft II., S. 147.

Wenn aber der Delat keine Erklärung intra terminum abgibt, so wird fingirt, er habe den Eid rekusirt, und es ist nun wiederum die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels eingetreten.

ad III. Hieraus ergeben sich dann von selbst die rechtlichen Folgen, welche die Gemeinschaft des Beweismittels für beide Theile nach sich zieht, nämlich:

1) für den Delaten.

Derselbe kann von der einmal getroffenen Wahl einseitig nicht mehr abgehen, er kann daher a) statt der Acceptation nicht die Relation, oder die G. V. wählen [2]).

v. Bayer, S. 903 (8. Aufl.)

Ferner b) Statt der Relation nicht die Acceptation, endlich c) Statt der G. V. nicht die Acceptation oder Relation.

Denn im Fall b hat Deferent ein jus quaesitum darauf, daß er schwöre, im Fall a, daß Delat schwöre, im Fall c, daß der Streit durch die G. V. entschieden werde, die möglicherweise zu Gunsten des Deferenten ausfallen kann. A. M. sind indessen wegen analoger Anwendung der C. 11, Cod. 4. 1, (s. unten Nr. 2.) Höpfner Beiträge I, S. 25—32. Linde S. 384. Reinhardt Handb. II, §. 256, Morstadt in Note 1 zu Gensler's Commentar, Bd. II., S. 18, und Schmid, Handb. II., S. 373.

Hat aber der Delat keine Erklärung abgegeben, trifft ihn also der angedrohte Nachtheil der poena recusati, so versteht es sich von selbst und folgt aus der Natur der peremtor. Fristen und dem Contumazialverfahren, daß nun der Delat mit der Erklärung auf den Eid nicht mehr wechseln kann.

2) Für den Deferenten hat die Gemeinschaftlichkeit des Schiedseides nachstehende Folgen:

a) Derselbe sollte nun die Eidesdelation nicht mehr zurück-

---

[2]) Abbreviatur: G. V. = Gewissensvertretung.

Digitized by Google

ziehen und andere Beweismittel substituiren dürfen, wenn gleich die Beweisfrist noch im Laufe ist, denn durch die getroffne Wahl für Annahme, Relation des Eides oder G. V. hat der Delat ein jus quaesitum darauf, durch seinen Schwur oder durch den Schwur des Gegners, oder durch Beweisführung den Prozeß zu seinem Vortheil zu beendigen.

Nach einer ausdrücklichen Vorschrift Justinian's C. 11. Cod. (4. 1) ist es indessen dem Deferenten gestattet, auch noch nach der Acceptation von Seite des Delaten den Eid zu revociren, und andere Beweismittel zu substituiren, und zwar so lange, bis das durch den Eid bedingte Definitivurtheil die Rechtskraft beschritten hat.

Glück Comment. XII., S. 301 flg.

v. Bayer, 8. Aufl., S. 903.

Heutzutage wird aber hiezu vorausgesetzt, daß die peremt. Beweisfrist noch im Laufe ist, weil nach Umfluß derselben, die Zurücknahme des Eidesantrags dem Deferenten keinen Nutzen gewähren würde, indem er dann keine Beweismittel mehr vorbringen darf.

Was nun die C. 11. Cod. (4. 1) für den Fall der Acceptation des Eides vorschreibt, darf, weil es den über die Verträge geltenden Grundsätzen widerspricht, nicht auf den Fall der Relation und G. V. analog ausgedehnt werden. Im Fall der Relation muß also der Deferent den Eid ableisten, und kann die Delation nicht zurücknehmen und andere Beweismittel substituiren, denn dieß wäre eine G. V., welche dem Relaten untersagt ist.

fr. 34. §. 7. D. (12. 1) C. 12. §. 1. Cod. (4. 1). Gensler II. S. 20 [3]). Bayer 8. Aufl. S. 893. Martin §. 227

---

[3]) Morstadt bemerkt in der Note*) zu Gensler a. a. O. „ — — die Frage, ob sich der Produzent gegen die relatio juramenti der G. V. bedienen dürfe, bleibt wohl, den Gesetzen nach, immer streitig; allein der Gerichtsgebrauch scheint sie durchgängig conform mit Gensler zu entscheiden.

Digitized by Google

anted. A. M. Schmid Hdb. II. S. 364 v. 6—8. Reinhardt Hdb. II. §. 255 und Linde S. 386 (wegen analoger Anwendung der C. 11. Cod. 4. 1.)

b. Eine weitere Folge der Gemeinschaft des Beweismittels besteht darin, daß der Deferent keine andere dem Delaten nachtheilige Aenderung mit der Eidesdelation vornehmen darf, sowie einmal die Erklärung des Delaten erfolgt ist. Er darf daher:

α) Die Eidesdelation (abgesehen vom Fall der Acceptation) nicht revoziren, ja er darf nicht einmal durch Einschiebung anderer Beweismittel die primäre Eidesdelation in eine eventuelle verwandeln, und ebensowenig

β) Die eventuelle Eidesdelation durch Fallenlassen der vorgängigen Beweismittel in eine primäre.

Denn hat der Delat durch die Acceptation oder Relation ein Recht auf die Benutzung des Eides überhaupt, und durch die G. V. ein Recht auf die Beendigung des Prozesses durch seine Beweisführung erworben, und findet daher keine Revokation der Eidesdelation durch Substitution anderer Beweismittel statt, — so muß er nothwendig auch ein Recht auf ausschließlichen Gebrauch des Eids erworben haben, wenn der Eid primär deferirt wurde (Satz a), und auf sekundären Gebrauch desselben, wenn er eventuell zugeschoben wurde (Satz b).

A. M. Dr. Debes in seiner Dissertation über das Verhältniß des Schiedseids zu den Nothei den S. 27—36, und in Zu-Rhein's Zeitschrift Bd. II. Heft 2. S. 147 flg.

ad α) Die nähere Motivirung des 1. Satzes und die Widerlegung der conträren Ansicht von Dr. Debes (in Zu-Rhein's Ztschr. a. a. O.) findet sich in meiner Abhandlung über die eventuelle Eidesdelation in Bd. 7. S. 293—297 dieser Zeitschrift.

Eine Ausnahme erleidet jedoch dieser Satz im Fall der Acceptation des Eides; denn da hier dem Deferenten nach C. 11. Cod. (4. 1) eine gänzliche Zurückziehung des Eides und Substituirung anderer Beweismittel gestattet ist, so ist ihm gewiß

Digitized by Google

auch erlaubt, den primär deferirten Eid durch Einschiebung anderer Beweismittel in einen eventuell zugeschobenen zu verwandeln.

ad β) Die nähere Begründung und Ausführung des 2. Satzes, sowie die Widerlegung der gegentheiligen Debes'schen Ansicht (in dessen Dissertation a. a. O.) findet sich gleichfalls in meiner Abhandlung Bd. 7. S. 286—293 dieser Zeitschrift.

Hatte der Delat den eventuell zugeschobenen Eid referirt, oder intra terminum keine Erklärung hierauf abgegeben, so wäre es freilich im Interesse des Deferenten, die primären Beweismittel fallen zu lassen, weil er dann zum Eid kommen, oder den Prozeß sofort gewinnen würde. Auch sind die primären Beweismittel noch nicht realiter produzirt, und also auch nicht gemeinschaftlich, man sollte daher glauben, daß sie revozirt werden dürfen. Allein durch das Aufgeben derselben würde ein anderes bereits gemeinschaftlich gewordenes Beweismittel, nämlich der eventuell deferirte Eid in veränderter Form auf die Bahn gebracht, was aus dem angegebenen Grund nicht angeht. Der Delat hat also ein Recht auf die Produktion der gegnerischen Zeugen und Urkunden, weil er ein jus quaesitum darauf hat, daß der Eid nur eventuell benutzt werde; Zeugen und Urkunden werden hier vor der Produktion gemeinschaftlich, weil der damit verbundene Eid bereits produzirt und also gemeinschaftlich geworden ist.

Ueber eine andere Begründung desselben Satzes vgl. meine Abhdlg. a. a. O. S. 323 fgl.

Eine 3. Motivirung endlich wäre folgende:

Wenn der Beweisführer seinem Gegner den Eid deferirt, so verzichtet er sub conditione jurisjurandi auf seine Rechte. Gibt nun der Delat auf die Eideszuschiebung keine Erklärung ab, so gilt der Schiedseid als recusirt, d. h. es wird fingirt, daß er auf den Gewinn des Prozesses Verzicht leiste. Bei der eventuellen Eidesdelation ist aber der Verzicht des Deferenten (für den Fall gegnerischer Eidesableistung) tacite an die weitere Bedingung geknüpft, daß sein vorgängiger Beweis kein Resultat haben sollte.

Digitized by Google

Vgl. Gensler im Archiv Bd. I. S. 158.

Ergo muß auch der Verzicht des Delaten, der im Fall der Eidesverweigerung fingirt wird, an die Bedingung geknüpft werden, daß der vorgängige Beweis des Deferenten kein Resultat haben sollte. Es kann daher dem Deferenten nicht gestattet werden, durch Zurückziehen der primären Beweismittel den bloß bedingten Verzicht des Gegners einseitig in einen unbedingten zu verwandeln. Dazu kommt noch, daß der Verzicht auf die primären Beweismittel schon aus dem Grund unzulässig ist, weil die Renunziation ihrer Natur nach bloß zum Nachtheil, nicht aber zum Vortheil des Renunzianten stattfindet. Hätte der Deferent den Schiedseid primär deferirt, so würde der Delat höchst wahrscheinlich eine Erklärung auf den Eid abgegeben haben. Da Deferent aber den Eid bloß eventuell zuschob, so hielt Delat eine Erklärung für überflüssig, weil er voraussetzte, und im Voraus überzeugt war, der primäre Beweis werde nicht ohne Erfolg bleiben, es werde daher gar nicht zum Eid kommen. Uebereinstimmend hiemit bemerkt Dr. Feust in Zu-Rhein's Zeitschr. ad 1 Heft 1 S. 56.

„Man wird daher um so weniger dem Produzenten die Befugniß eines Verzichts auf die vorgängigen Beweismittel zugestehen können, als die Renunziation ihrer Natur nach nur zum Nachtheil, nicht aber zum Vortheil des Renunzianten stattfindet, und die Gestattung einer solchen Befugniß das beste Mittel für den Beweisführer wäre, den Produkten in die Falle zu locken ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Auffallender und inconsequenter Weise sagt aber Dr. Feust am Schluß seiner Abhandlung S. 57:

„Nur in dem einzigen Fall wird ein solcher Verzicht als erlaubt gelten müssen, wenn derselbe noch vor Ablauf der Beweisfrist erklärt wird. Denn bis zu deren Verlauf steht es in der Willkühr des Probanten, jede ihm beliebige Veränderung an seiner Beweisantretung vorzunehmen; er kann unbestritten bis zu jenem Zeitpunkt bereits namhaft gemachte Beweismittel wieder

Digitized by Google

zurücknehmen und hinzufügen, also auch statt der eventuellen Eidesdelation die Eideszuschiebung als alleiniges und ausschließendes Beweismittel substituiren."

Das hier Gesagte ist in doppelter Beziehung unrichtig. Nicht der Ablauf der Beweisfrist schließt die Zulässigkeit eines solchen Verzichts aus, sondern die Erklärung des Gegners auf die Eidesdelation, resp. den Ablauf der Frist hiefür (Gegenbeweisfrist). Es kann also der Deferent auch nach verstrichener Beweisfrist seine primären Beweismittel fallen lassen, wenn seine Beweisantretung vom Gegner noch nicht beantwortet wurde; ist Letzteres aber geschehen, so kann der Deferent mit seinen Beweismitteln keine Aenderung mehr vornehmen, wenn gleich die Beweisfrist noch im Laufe ist. Der Nachweis dieser Sätze liegt in dem früher Gesagten. —

Digitized by Google

VIII.

Besitzerwerb

durch einen procurator omnium bonorum.

Von

Herrn J. Bremer,

Secretär des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

Der überwiegende Einfluß, welchen Savigny's Werk über den Besitz in der Rechtswissenschaft erlangt hat, zeigt sich namentlich auch darin, daß die ganze ältere den Besitz betreffende Literatur im Wesentlichen für unbrauchbar erachtet wird, und größtentheils der Vergessenheit anheimgefallen ist, also daß die seit dem Erscheinen jenes Werkes angeregten die Lehre vom Besitze betreffenden Streitfragen regelmäßig von Savigny's Ansichten ausgehen und diese zur Grundlage nehmen. Daher finden wir auch die einzelnen von Savigny vorgetragenen Lehren, soweit dieselben späterhin nicht bestritten worden sind, in der neueren Literatur ohne alle Rücksicht auf abweichende Ansichten älterer Schriftsteller als unbestrittene aufgeführt. Aus diesem gewal-

Digitized by Google

tigen Einflusse jenes Meisterwerkes auf die Theorie erklärt es sich, daß ein Lehrsatz von umfangsreicher practischer Tragweite, welcher früher keineswegs allgemeine Anerkennung gefunden hatte, und gegen welchen sich wenigstens erhebliche Zweifelsgründe leicht darbieten, ein halbes Jahrhundert hindurch als ein zweifelloser angesehen worden und von dem Gebiete des jus controversum ausgeschlossen geblieben ist, und daß die einzige Stimme, welche (unseres Wissens) in dem gedachten Zeitraume gegen die Richtigkeit dieses Satzes Zweifel erhoben, der Einwurf Unterholzner's [1]), keine Beachtung in der Literatur und auf den Lehrstühlen gefunden hat. Es ist dieses der Satz, daß es zum Besitzerwerbe durch einen Procurator eines speciellen Mandats bedürfe, und daß Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum unmöglich sei. Als dem Verfasser dieses Aufsatzes durch einen Rechtsfall Veranlassung gegeben wurde, zu untersuchen, ob die herrschende Lehre von der Unmöglichkeit des Besitzerwerbes durch einen procurator omnium bonorum in den Quellen begründet sei, drängte sich ihm sofort die entgegengesetzte Ueberzeugung auf, und nach näherer Beschäftigung mit diesem Gegenstande hat er in dieser Zeitschrift B. II. S. 211 u. fg. nachzuweisen gesucht, daß auch in Folge eines ganz allgemeinen Auftrages, namentlich durch einen procurator omnium bonorum, Besitz für den Auftraggeber ohne dessen Wissen erworben werden könne. Es hat ihn natürlich freuen müssen, daß die von ihm entwickelte Ansicht Beistimmung gefunden hat; es kann

---

[1]) Unterholzner hat zuerst in seiner Verjährungslehre B. 1. S. 415. Anm. 416 (1828) einen Zweifel gegen die Richtigkeit jenes Satzes ausgesprochen; später in seiner Recension der vierten Ausgabe von Savigny's Besitz in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft B. 4. S. 387 bemerkt: „Die Ansicht, zufolge deren bei einem procurator universorum bonorum der Besitz erst in Folge der Genehmigung erworben sein soll, ist von mir neulich angefochten worden, und indem ich jetzt noch einmal alles überdenke, befestige ich mich nur noch mehr in meiner abweichenden Ueberzeugung."

Digitized by Google

ihm aber auch nur angenehm sein, daß dieselbe in dieser Zeitschrift B. 14. S. 176 u. fg. von Herrn Dr. Schirmer angegriffen, und dadurch zu einer weiteren Prüfung dieser Frage Veranlassung gegeben worden ist.

Der Hauptinhalt unserer früheren Ausführung läßt sich in der Kürze folgendermaaßen wiedergeben:

1. Die Aussprüche unserer Rechtsquellen über den Besitzerwerb durch Procuratoren, namentlich §. 5. S. per quas pers. l. 13. pr. l. 20. 53. D. de acqu. rer. dom. l. 1 §. 30. D. de acqu. vel am. poss. lauten so allgemein, daß sie so gut auf einen procurator omnium bonorum als auf einen Specialprocurator Anwendung finden müssen.

2. Eine Ausnahme, nach welcher der Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum ausgeschlossen wäre, ist in den beiden Stellen, auf welche man sich für solche Ausnahme beruft. Paulî rec. sent. 5, 2. §. 2. und l. 42. §. 1. D. de acqu. vel am. poss. nicht enthalten, da beide Stellen, (von welchen die erstere überdies nur ein geschichtliches Zeugniß liefern könnte), wenigstens ebensogut auf einen negotiorum gestor, als auf einen procurator omnium bonorum, sich beziehen lassen.

3. Eben so wenig ergiebt sich aus der ratio juris, aus den allgemeinen Erfordernissen, welche das römische Recht für den Besitzerwerb durch Stellvertreter aufstellt, die Beschränkung eines solchen Besitzerwerbes auf die Fälle eines specielleren Mandats. Nach einmal ertheiltem Mandate zum Besitzerwerbe ist in der Person des Auftraggebers keine weitere Geistesthätigkeit, auch nicht einmal eine Kunde von der für ihn vorgenommenen Apprehension, erforderlich; ignoranti possesio acquiritur; es muß also der für den Besitzerwerb erforderliche im Augenblicke der Apprehension sich bethätigende Wille des Beauftragten, die einzelne ergriffene Sache für den Auftraggeber zu erwerben, für diesen Letzteren wirksam werden und kraft des Auftrages als sein eigener Wille gelten. Es kann dem Besitzerwerbe nicht hinderlich sein, wenn der Auftrag zugleich auf Erwerb mehrerer einzelnen Sachen, oder auf den Erwerb einer oder der

Digitized by Google

anderen, oder einer nur dem genus nach bestimmten Sache gerichtet; ebensowenig wenn derselbe mit einer Ermächtigung zu anderweitigem Handeln, namentlich zum Eingehen von Verträgen, verbunden war, wie ja gerade die Quellen mehrfach eines Auftrages zum Kaufen erwähnen. Dann kann aber auch der größere oder geringere Umfang des Auftrages keinen Unterschied hervorbringen; es kann nur darauf ankommen, daß überhaupt eine Ermächtigung zum Besitzerwerbe ertheilt ist, und es kann auch der Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum nicht ausgeschlossen sein.

4. Der solchergestalt sich ergebende Beweis für die Möglichkeit des Besitzerwerbes bei allgemeinerem Auftrage und namentlich durch einen procurator omnium bonorum wird überdies noch unterstützt:

a. durch die in den Quellen wiederholt vorkommende Gleichstellung des Procurators mit Tutoren und Curatoren in Beziehung auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter;

b. durch die Analogie des Peculien-Besitzerwerbes, namentlich durch die von Paulus aufgestellte Annahme eines in der Gestaltung eines Peculiums enthaltenen allgemeinen Auftrages zum Besitzerwerbe;

c. durch die in den Aussprüchen der Quellen enthaltene wiederholte Hinweisung auf die utilitatis causa, aus welcher hervorgeht, daß die den Besitzerwerb durch Stellvertreter betreffenden Grundsätze im Hinblicke auf ein durch erweiterte Verkehrsverhältnisse hervorgerufenes praktisches Bedürfniß ausgebildet worden sind, ein Bedürfniß, welches bei der administratio omnium bonorum nicht nur in gleichem Grade zutrifft, wie bei einem speciellen Auftrage, sondern in einem noch höheren.

Schirmer hat sich nun zur Hauptaufgabe gestellt, darzuthun, daß der Besitzerwerb durch einen mit umfassenderer Geschäftsführung beauftragten Procurator deshalb unmöglich sei, weil es an dem zum Besitzerwerb erforderlichen animus possidendi in der Person des Geschäftsherrn fehle. Mit Scheurl und Puchta nimmt er an, daß auch bei einem

Digitized by Google

„allgemeinen, hinsichtlich des Gegenstandes noch so unbestimmten Mandate“ Besitzerwerb für den Auftraggeber möglich, und daß es dem Erwerbe nicht hinderlich sei, wenn der Auftrag auf eine noch so große Mehrzahl von Sachen gerichtet ist, gleichviel ob sie derselben oder verschiedenen Gattungen angehören. Ausgeschlossen aber soll der Besitzerwerb sein, wenn Jemand einem Anderen für die Dauer seiner Abwesenheit die Verwaltung seines ganzen Vermögens aufträgt, oder ihm auch nur abgetrennte Zweige einer Vermögensverwaltung überweiset. Zur Begründung dieser Behauptung wird im Wesentlichen Folgendes vorgetragen: In den Fällen einer solchen Verwaltung sei der Beauftragte Stellvertreter des Herrn in Beziehung auf die Leitung der Geschäfte, nicht aber Werkzeug bei deren Ausführung, wie der procurator unius rei. Der ihm ertheilten Ermächtigung, für den Herrn zu erwerben, liege freilich die Absicht des Herrn zu Grunde, daß das Vermögen durch Zuwachs von Außen bereichert werde, eine Absicht, welche aber noch weit von dem animus possidendi entfernt sei. Der Entschluß für jeden einzelnen Besitzerwerb, die definitive Bestimmung bleibe dem Procurator überlassen, in Beziehung auf den einzelnen Erwerb „erhebe sich die Seele des Principals gar nicht zur Energie eines eigentlichen Wollens.“ Der noch so weite Umfang des Auftrages thue freilich dem „animus mandandi“ keinen Eintrag, aber damit sie für die Annahme eines Besitzwillens nichts gegeben. Bei der Uebertragung einer größeren Geschäftsführung lasse die Größe und Mannichfaltigkeit des Geschäftskreises in der Seele des Principals den Gedanken an die einzelnen während seiner Behinderung nothwendigen Verrichtungen und namentlich an die Besitzergreifung bei den etwa eintretenden Erwerbungen nicht aufsteigen; es könne sich eine klare und bewußte Vorstellung „aller in dem Begriffe der Vermögensverwaltung umschlossenen Acte“ bei ihm gar nicht bilden. Der Wille zu besitzen sei von ihm noch gar nicht als gegenwärtiger und wirklicher gedacht und gemeint; der Zukunft

Digitized by Google

sei es anheimgestellt, die Entschlüsse über alle besonderen Acte zu erzeugen, welche nach und nach nothwendig würden. Wenn man bei einem auf Vermögensverwaltung gerichteten Mandat, möge dasselbe auch eine allgemeine Ermächtigung zum Erwerbe enthalten, dem Auftraggeber einen animus possidendi beilege: so liege darin eine Vermengung des Mandats- und des Besitzwillens. Da es demnach in der Person des Auftraggebers an dem Besitzwillen fehle, der nach dem Ausspruch „animo utique nostro corpore vel nostro vel alieno“ nothwendig sei, wenn für ihn erworben werden solle: so sei damit die Unmöglichkeit des Besitzerwerbes für den Auftraggeber erwiesen.

Schirmer räumt ein, daß es in den Quellen an einer directen Bestätigung der von ihm aufgestellten Resultate fehle, ja daß man sogar das Gegentheil ausgesprochen finden möge, indem als Voraussetzung für den Besitzerwerb durch einen Procurator blos das „mandante domino emere“ ohne irgend eine Beschränkung mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Mandats angegeben werde. Er hofft aber auf einem „Umwege“ den Beweis für seine Ansicht erbringen zu können. Dieser Beweis soll sich daraus ergeben, daß nach l. 1. §. 34. D. depositi und l. 4. pr. l. 10. D. de reb. cred. in dem Falle eines Depositums, bei welchem dem Empfänger die Ermächtigung zur Benutzung des deponirten Geldes ertheilt worden, erst mit der wirklichen Benutzung des Geldes oder mit dem Eintritte der für die Verbrauchserlaubniß gesetzten Bedingung das Eigenthum und somit der juristische Besitz von dem Depositar erworben wird; also daß der Mangel des animus possidendi in der Person des Depositars dem Deponenten den Besitz bewahre. Der Wille des Depositars in diesem Falle soll „in allen Stücken“ (!) dem Willen des Principals entsprechen, welcher für gewisse Eventualitäten Auftrag ertheilt hat; „Beide wollen eine Sache haben, wenn die von ihnen bezeichneten Umstände sich verwirklichen.“ Weil dem Depositar, so lange er von dem deponirten Gelde keinen Gebrauch macht, der Besitzwille fehlt: so soll auch bei der Ertheil-

Digitized by Google

lung eines allgemeinen Auftrags zum Erwerbe der Besitzwille in der Person des Mandanten unmöglich sein.

Wie unzutreffend diese herbeigezogene Analogie sei, liegt zu Tage. Zwischen der Absicht des Depositars, möglicherweise nach dem Eintritte gewisser Umstände das deponirte Geld als Darlehn zu benutzen, und dem Willen des Mandanten, durch den Beauftragten Besitz und Eigenthum zu erwerben, ist keine Gleichheit, kaum eine Aehnlichkeit vorhanden, jedenfalls ist die Verschiedenheit dieser beiden Willensrichtungen größer als die Aehnlichkeit. Daß der Depositar in dem gedachten Falle nicht Eigenthümer, nicht juristischer Besitzer des deponirten Geldes wird, liegt nicht in der Ungewißheit, ob er das Geld zu seinem Nutzen verwenden werde, sondern darin, daß er einstweilen entschieden *nicht besitzen will*, daß er den dem animus domini *entgegengesetzten Willen* hat, den animus alterius nomine tenendi, daß nach der beiderseitigen Absicht der Contract vorerst ein depositum ist und bleiben soll. Verwendet der bisherige Depositar der ertheilten Erlaubniß gemäß das Geld für sich, oder wird überhaupt das Depositum in ein Mutuum umgewandelt, so verwandelt sich die bisherige Detention des Empfängers in juristischen Besitz, weil der Empfänger seinen Willen *ändert*; „animo enim cœpit possidere.“ Von einer ganz anderen Beschaffenheit ist der Wille desjenigen, welcher einem Anderen aufgetragen hat, für ihn Besitz und Eigenthum zu erwerben; er hat von Anfang an den unveränderten Willen, dasjenige als das Seinige zu haben, was der Andere für ihn apprehendiren wird; sein Wille zu besitzen, soll nicht erst künftig in's Dasein treten, sondern ist bereits mit dem Auftrage zum Erwerb definitiv gegeben. Daraus, daß der Depositar an der ihm übergebenen Sache keinen juristischen Besitz hat, so lange er den animus alterius nomine tenendi festhält, nicht in eigenem Namen besitzen will, kann doch unmöglich folgen, daß derjenige, welcher durch einen Anderen Besitz zu erwerben beabsichtigt, dieses nicht könne. — Uebrigens würde die von der Stellung des Depositars bei ertheilter Er-

Digitized by Google

mächtigung zur Benutzung des deponirten Geldes entlehnte Analogie, wenn sie überhaupt für den Besitzerwerb durch einen Procurator zutreffend wäre, zu viel beweisen; sie würde nicht nur auf jeden generellen Auftrag zum Erwerbe, sondern sogar auf ein Specialmandat Anwendung finden, namentlich wenn das Mandat nicht bloß auf Abholen einer einzelnen Species, sondern auf einen von ungewissen Ereignissen, namentlich vom Ermessen und Entschlusse des Procurators, abhängigen Erwerb gerichtet wäre, also auf jeden Auftrag zum Ankaufe einer Sache für einen von dem Principal angegebenen oder dem Ermessen des Procurators anheimgestellten Preis; denn auch in solchem Falle ist der Auftrag nur für eine gewisse Eventualität ertheilt, und der Auftraggeber will nur unter der Voraussetzung die Sache haben, daß der Procurator selbige zu dem bestimmten oder ihm entsprechend scheinenden Preise zu kaufen Gelegenheit findet, und sich zum Ankaufe entschließt. Daß auch in solchem Falle der Besitz dem Auftraggeber nicht ohne dessen ratihabitio erworben werden könne, wird Schirmer nicht behaupten wollen; wie denn auch dieses mit l. 13. D. de acqu. rer. dom. l. 42. §. 1. D. de acqu. vel am. poss. l. 47. D. de usurp. nicht in Einklang zu bringen sein würde.

Es wird daher nicht nöthig sein, Schirmer auf dem von ihm betretenen Umwege weiter zu begleiten, und auf seine Bekämpfung der von Ihering [1]) vertheidigten Ansicht einzugehen, daß bei bedingter Tradition in der Regel der Besitz auf den Empfänger übergehe. Wenn man sich in diesem Streitpunkte (wie wir es nicht können) für Schirmer entscheiden, und mit ihm annehmen müßte, daß bei bedingter Tradition der Empfänger den animus possidendi nicht haben könne, weil ein solcher animus mit dem Inhalt der beiderseitigen Ueberzeugung in Widerspruch treten würde und durch die Uebereinkunft ausgeschlossen

[1]) In Richter und Schneider, kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. 1817. S. 882—886.

Digitized by Google

sei: so würde daraus für die Unmöglichkeit des Besitzerwerbes bei allgemeinerem Auftrage nichts folgen; denn der Absicht des Auftraggebers, durch den Procurator zu erwerben, das Eigenthum an den von dem Procurator in Folge des Auftrages apprehendirten Sachen sogleich mit der Apprehension zu gewinnen, steht kein rechtliches Hinderniß, keine Verbindlichkeit aus einer Uebereinkunft entgegen.

So verfehlt die Berufung auf die bei Umwandelung des Depositums in ein Darlehn eintretende Besitzveränderung erscheint, ebenso unzutreffend sind die von *Schirmer* aus dem *Seelenzustande* des Geschäftsherrn bei Ertheilung eines Auftrages zu allgemeiner Geschäftsführung entnommenen Gründe, und es wird von ihm der *Besitzwille*, welcher bei dem Besitzerwerbe durch einen Procurator in der Person des Auftraggebers erfordert werden soll, willkührlich und in Widerspruch mit den Aeußerungen der Quellen construirt. Allerdings wird in dem römischen Rechte für den Besitzerwerb durch Procuratoren das Erforderniß aufgestellt, daß der Auftraggeber den Erwerb *wolle*. Aber überall, wo es im Rechte auf den Willen einer Person, auf eine innere That des Geistes ankommt, darf (wie hier wiederum hervorgehoben werden mag) diese innere That nicht als ein für sich bestehendes, von der äußeren Handlung getrenntes oder trennbares Moment, sondern nur als die in oder mit der äußeren Handlung sich kundgebende geistige Ursache derselben aufgefaßt werden. So ist auch der Wille, welcher nach den Aussprüchen des römischen Rechts bei dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter in der Person des Vertretenen erfordert wird, kein anderer, als welcher in *dem Auftrage* sich kund giebt; es ist die dem Auftrage zu Grunde liegende Absicht, die von dem Beauftragten zu apprehendirenden Sachen zu haben, für sich zu haben. Diese Absicht ist nicht unmittelbar auf die Besitzergreifung selbst, sondern zunächst nur darauf gerichtet, in dem Stellvertreter den Entschluß zur Ergreifung für den Vertretenen hervorzurufen. Mit dem *Auftrage*, durch welchen das für den Besitzerwerb erforderliche juristische Verhält-

Digitized by Google

niß der Vertretung, die contractliche Befugniß und Verbindlichkeit des Vertreters für den Vertretenen zu handeln, begründet wird, ist auch zugleich der in der Person des Letzteren erforderliche Wille gegeben; einer weiteren geistigen Thätigkeit des Vertretenen, einer weiteren Aeußerung seines Willens bedarf es nicht. Es fällt also der in der Person des Auftraggebers erforderliche Wille, zu besitzen, mit seinem Willen, den Procurator zur Vornahme der erforderlichen Erwerbshandlungen zu veranlassen, ganz und gar zusammen; es ist willkührlich und unrichtig, wenn Schirmer in der Person des Auftraggebers einen animus mandandi als etwas von dem animus possidendi Verschiedenes und Getrenntes annimmt; der Besitzwille des Auftraggebers ist von dem, was Schirmer als animus mandandi bezeichnet, nicht verschieden, vielmehr mit demselben eine und dieselbe Willensthätigkeit. Da zur Bethätigung des Besitzwillens in der Person des Vertretenen nach den Aussprüchen des römischen Rechts außer dem Auftrage nichts weiter erfordert wird, so kann dieser Besitzwille nichts Anderes sein, als das durch den Auftrag äußerlich dargelegte Verlangen, daß der Beauftragte die zum Besitzerwerbe erforderlichen Handlungen für den Auftraggeber vornehme, und daß diese Handlungen als Handlungen des Letzteren angesehen und wirksam werden mögen. Die rechtliche Folge des Auftrages zur Vertretung bei dem Besitzerwerbe kann daher keine andere sein, als die jedes anderen Auftrages zur Vertretung, nämlich daß die innerhalb des Bereiches des Auftrages von dem Vertreter für den Vertretenen vorgenommenen Handlungen gleiche Wirksamkeit für den Letzteren haben, als wenn sie von ihm selbst vorgenommen worden wären. Wie die Verträge, welche Jemand in Folge allgemeinen Auftrages für einen Anderen schließt, diesen verbinden, weil kraft des Auftrages jeder einzelne von dem Beauftragten geschlossene Vertrag als ein Willensact des Auftraggebers anzusehen ist; (§. 8. J. quod cum eo. 4, 7), so ist nicht einzusehen, warum nicht auch jede in Folge allgemeinen Auftrages für den Vertretenen vorge-

Digitized by Google

nommene Besitzergreifung als ein Willensact desselben angesehen werden müßte. Ist zum Behufe der Vertretung, sei es für eine Besitzergreifung oder für eine anderweitige Geschäftsführung, einmal ein hinreichend bestimmter Auftrag ertheilt: so kann es nicht darauf ankommen, ob und wie weit die Vorstellung des Auftraggebers bei Ertheilung des Auftrages oder hinterher sich mit den einzelnen verschiedenen Handlungen beschäftige, welche möglicherweise der Beauftragte zur Ausführung des Auftrages vornehmen wird; ob in der Seele des Principals ein vollständiges Bild der einzelnen zur Erfüllung des Auftrages nöthigen Verrichtungen ausgemalt sei. Allerdings sind für den Besitzerwerb durch Procuratoren dieselben geistigen Thätigkeiten erforderlich, wie für den Besitzerwerb in eigenem Namen; allein es würde eine völlig unrichtige Auffassung sein, den animus possidendi allein der Person des Auftraggebers beizulegen, und die Thätigkeit des Procurators als eine bloß körperliche zu bezeichnen. Wie in vielen Anwendungen uns gelehrt wird, ist bei einem Auftrage zum Besitzerwerbe der Stellvertreter nicht körperliches Werkzeug eines fremden Willens; es kommt nicht bloß auf seine körperliche, sondern in gleichem Grade auf seine *geistige* Thätigkeit, auf seine *Willensrichtung* an; er muß den intellectus possidendi, die affectio tenendi, den Willen für den Auftraggeber zu erwerben haben; er muß mit dem Bewußtsein der erlangten Herrschaft über die Sache ganz und gar dieselbe Willensthätigkeit verbinden, wie derjenige, welcher für sich selbst erwirbt, mit dem alleinigen Unterschiede, daß es ihm an dem animus *sibi* habendi (oder domini) fehlt. Dieser animus *sibi* habendi (domini), welcher allerdings für den juristischen Besitz erfordert wird, ist durch den *Auftrag* in der Person des Auftraggebers vollständig gegeben. Da nun bei dem Besitzerwerbe durch einen Procurator der Auftraggeber nicht bloß hinsichtlich der körperlichen Thätigkeit, sondern auch hinsichtlich der geistigen, so weit selbige erforderlich ist, damit das physische Verhältniß zur Sache ein *gewußtes* und *gewolltes* werde, also hinsichtlich des *Besitzbewußt-*

Digitized by Google

seins und des besonderen auf die einzelne Sache gerichteten Besitzwillens, durch den Procurator vertreten wird: so sind nach einmal ertheiltem noch so allgemeinem Auftrage zum Besitzerwerbe, wenn der Procurator dem in dem Auftrage dargelegten Willen gemäß Sachen für den Auftraggeber zu sich nimmt, alle für animus und corpus des juristischen Besitzes nöthigen Factoren theils in der Person des Vertretenen, theils in der des Vertreters vorhanden. Darin möchte der Grundirrthum Schirmer's und Anderer liegen, daß sie, verleitet durch die von Paulus in rec. sent. 5, 2. §. 1. gebrauchten Worte: „animo utique nostro", für den Besitzerwerb in der Person des Auftraggebers einen solchen speciellen und unmittelbar auf die zu ergreifende Sache gerichteten Besitzwillen erfordern, wie er in der Person des Apprehendenten erforderlich ist; daß sie den animus dessen, welcher durch Andere Besitz erwerben will, mit dem animus desjenigen, welcher unmittelbar Besitz ergreift, vermengen und verwechseln; während beide Geistesthätigkeiten doch wesentlich verschieden sind, namentlich darin, daß der Wille des Auftraggebers auf künftige, mithin ungewisse Thatsachen gerichtet ist, und unabhängig von dem Bewußtsein des erlangten Besitzes wirksam wird, der animus possidendi des Apprehendenten dagegen erst in dem Augenblicke der Apprehension, in nothwendiger Verbindung mit dem körperlichen Act und mit dem Bewußtsein der erlangten Gewalt sich bethätigt. Es fehlt daher an jeglichem Grunde, in der Person des Auftraggebers einen solchen speciellen Besitzwillen zu verlangen, wie er bei der Apprehension der Thätigkeit des Apprehendenten zu Grunde liegen muß. In den Quellen wird ein solches Erforderniß nirgends angedeutet; dieselben bedienen sich vielmehr in Beziehung auf die Person des Vertretenen der allgemeinen Ausdrücke: mandante domino, ex mandato meo, volentibus nobis possidere, nostra voluntate.

Nachdem Schirmer solchergestalt darzuthun gesucht hat, daß nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts über

Digitized by Google

den Besitzerwerb der Erwerb des Besitzes durch einen zur Verwaltung angestellten Procurator unmöglich sei, vertheidigt er ferner die bisher gangbare Auslegung der beiden Stellen, in welchem man den Ausschluß des Besitzerwerbs durch einen procurator omnium bonorum hat finden wollen.

Was den Ausspruch in Paulus rec. sent. 5. 2. §. 2. betrifft:

> Per liberas personas, quæ in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quæritur,

so giebt Schirmer zu, daß allerdings die Worte absente domino sich auf eine für einen Abwesenden vorgenommene negotiorum gestio beziehen lassen, und daß auf diese Weise ausgelegt die ganze Stelle einen guten Sinn, namentlich, wie in unserem früheren Aufsatze dargelegt worden, eine logische Vollständigkeit ihres Inhalts gewinne. Er wendet aber gegen diese Auslegung ein, daß Paulus allgemein von der Abwesenheit rede, und daß deßhalb das bestimmende Moment nicht in dem ertheilten oder nicht ertheilten Auftrage, sondern in der Abwesenheit oder Anwesenheit gefunden werden müsse, mithin das Erforderniß der ratihabitio so gut auf einen procurator omnium bonorum, welcher ja auch gerade für die Zeit der Abwesenheit mit der Vermögensverwaltung betraut werde, als auf einen negotiorum gestor anzuwenden sei. Dieser Einwurf widerlegt sich einfach schon durch die Erwägung, daß Paulus unmöglich die Absicht gehabt haben kann, für alle Fälle der Abwesenheit die Ratihabition als unerläßliches Erforderniß des Besitzerwerbes aufzustellen, weil damit auch die Unmöglichkeit des Besitzerwerbes in Folge eines speciellen Auftrages bei Abwesenheit des Geschäftsherrn, überhaupt die Verneinung des Besitzerwerbes durch Procuratoren ohne Wissen des Auftraggebers, ausgesprochen sein würde. Es kann also die Abwesen-

Digitized by Google

heit allein nicht das bestimmende Moment für die Nothwendigkeit einer Ratihabition sein; es liegt nicht bloß die Berechtigung, sondern eine Nöthigung vor, dem absenti domino noch ein näheres bestimmendes Moment hinzuzufügen. Nun ergibt sich aus der Natur der negotiorum gestio, und es wird überdies von Paulus selbst in l. 24. D. de negot. gest. gelehrt, daß bei der negotiorum gestio erst die von dem Geschäftsherrn ertheilte Genehmigung ihn zum Besitzer und Eigenthümer einer für ihn erworbenen Sache mache; wir sind also, weil dieses außerdem schon feststeht, unleugbar berechtigt, die Worte absente domino in jener Stelle auf eine für einen Abwesenden vorgenommene negotiorum gestio zu beziehen. Steht nun nicht anderweitig schon fest, daß durch einen procurator omnium bonorum kein Besitz ohne nachfolgende Genehmigung erworben werden kann: so sind wir nicht genöthigt, nicht berechtigt, die Worte absente domino auf einen procurator omnium bonorum zu beziehen. Daß durch einen procurator omnium bonorum kein Besitz erworben werden könne, das ist es aber gerade, was erwiesen werden soll, wofür also jene Stelle keinen Beweisgrund abgeben kann.

Womöglich noch weniger berechtigt ist man, einen Beweis für die von uns bekämpfte Ansicht in dem Ausspruche Ulpian's zu finden:

> Procurator, si quidem mandanto domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emtionem. l. 42. §. 1. D. de acqu. vel am. poss.

In unserem früheren Aufsatze ist ausgeführt, daß die Worte „sua sponte" im Gegensatze zu den Worten: mandante domino nur die gänzliche Abwesenheit eines den Handelnden bestimmenden fremden Willens, den Mangel einer obligatorischen Berechtigung und Verbindlichkeit zur Vornahme des Ankaufs im Interesse und auf Kosten eines Anderen, also die gänzliche Abwesenheit eines diesen Ankauf in sich fassenden Mandats andeuten können. Dagegen macht Schirmer geltend,

Digitized by Google

daß sponte auch von einem procurator omnium bonorum gesagt werden könne, welcher kraft eigener Entschließung die nöthigen Besorgungen ausführe, nach eigener Wahl kaufe. Wenn man dieses auch zugeben wollte (obwohl sich in unseren Quellen ein Beispiel von dem Gebrauch dieses Ausdruckes in solchem Sinne schwerlich nachweisen läßt), so würde dadurch doch nichts für eine der unsrigen entgegengesetzte Auslegung jener Stelle gewonnen werden. Der Ausdruck sua sponte zur Bezeichnung der einem Procurator bei einem allgemeinen Auftrage zustehenden freien Auswahl der von ihm für den Auftraggeber anzukaufenden Gegenstände würde offenbar eine andere Bedeutung haben, als wenn er im Gegensatze zum Mandate überhaupt von einem negotiorum gestor gebraucht wird. In der l. 42. §. 1. ist aber nach dem klaren Wortinhalte der Gegensatz zum Mandate überhaupt hervorgehoben, und in dieser Verbindung wird durch „sua sponte“ kund gegeben, daß der Entschluß zum Ankauf nicht durch ein ihm in dieser Beziehung ertheiltes Mandat hervorgerufen sei; bei solchem Gegensatze kann sua sponte nichts anders heißen als „sine mandato“ oder „citra mandatum.“ Dabei möchte auch zu beachten sein, daß Ulpian sagt: „nisi ratam habuerit dominus emtionem“ und nicht „possessionem.“ Wäre hier von einem Procurator die Rede, welcher zu einem Ankaufe aller ihm dienlich scheinenden Sachen für den Herrn beauftragt worden, und sollte dabei angedeutet werden, daß gleichwohl kein Besitz für den Geschäftsherrn erworben werden könne: so hätte es doch wohl heißen müssen, nisi ratam habuerit possessionem, denn der dem Mandat gemäß abgeschlossene Kaufhandel kann keiner Genehmigung bedürfen. Handelt es sich aber um eine negotiorum gestio, so bedarf das ganze ohne alle vorgängige Ermächtigung besorgte Geschäft, damit es für den dominus negotiorum als das seinige wirksam werde, allerdings der Ratihabition, und in der Genehmigung des Kaufes würde die der Apprehension stillschweigend mit begriffen sein. — Ueberdies würde, wenn hier

Digitized by Google

durch sua sponte nur der Entschluß des Procurators in Beziehung auf die Wahl des Gegenstandes ausgedrückt wäre, jene Stelle für Schirmer zu viel beweisen. Schirmer tritt nämlich der Ansicht Scheurl's bei, nach welcher auch bei einem generellen Auftrage Besitz durch den Procurator erworben werden kann, so namentlich, wenn dem Letzteren Auftrag ertheilt war, einen nach seinem Ermessen zu einem Geschenke geeigneten Luxusartikel zu kaufen. Hat nun der Beauftragte eine Uhr gekauft, da er auch einen Ring, eine Tuchnadel, ein Besteck, einen Kupferstich, eine Porzellanvase oder irgend einen anderen von hundert verschiedenartigen Gegenständen hätte wählen können: so würde man diesen Entschluß eben so gut durch sua sponte bezeichnen können, als wenn der Verwalter eines Landguts, welchem aufgetragen ist, die nöthigen Ackerwerkzeuge, Zugthiere u. s. w. anzukaufen, diesem Auftrage gemäß ein abgängig gewordenes nothwendiges Stück durch Ankauf eines neuen für Rechnung des Herrn ersetzt; man würde also den Besitzerwerb durch einen Procurator in allen denjenigen Fällen ausschließen müssen, wo die Wahl des Gegenstandes dem Entschlusse des Procurators anheimgegeben ist.

In den beiden angezogenen Stellen ist die Beziehung der Ausdrücke absente domino und sua sponte auf eine negotiorum gestio durch den ganzen Zusammenhang, namentlich durch die Gegensätze, unleugbar gegeben, wie auch das solchergestalt gewonnene Resultat mit der anderweitig schon zur Genüge feststehenden Nothwendigkeit der ratihabitio für den Besitzerwerb durch einen negotiorum gestor übereinstimmt. Bei unbefangener Betrachtung dieser beiden Stellen wird man zu keiner anderen Auslegung gelangen können, als welche von älteren Rechtslehrern, von Unterholzner und neuerdings auch von Brinz[1]) gegeben worden. Um mehr aus ihnen herauszulesen, als daß durch einen Procurator, welcher dem Auftrage gemäß eine Apprehension vor-

[1]) Lehrbuch der Pandecten Abth. 1. S. 68, 69.

Digitized by Google

nimmt, ohne Weiteres, durch einen negotiorum gestor erst mittelst hinzukommender Genehmigung dem Geschäftsherrn Besitz erworben werde; um in ihnen eine Beschränkung des Besitzerwerbs durch einen Procurator auf den Fall eines specielleren Mandats zu finden, muß man erst das Product einer anderweitigen Construction in dieselben hineindenken und ihrem Wortinhalte Gewalt anthun.

Schirmer wendet sich ferner zu den Pandektenstellen, in welchen wir eine Unterstützung unserer Ansicht (keineswegs einen directen Beweis derselben) haben finden wollen.

Zunächst behauptet er, daß die Zusammenstellung des Procurators mit dem tutor und curator in mehreren Aussprüchen der Quellen völlig irrelevant sei. Es kann zugegeben werden, daß sie den schwächsten der von uns benutzten Beweisgründe bildet; aber als ein unterstützendes Moment möchte dieselbe doch in Betracht kommen können. Wenn Neratius l. 13. §. 1. D. de acqu. rer. dom. sagt: Et tutor pupilli, pupillae, similiter ut procurator, emendo nomine pupilli, pupillae, proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus; wenn er also von dem Besitzerwerbe durch einen Procurator ausgeht, und den Erwerb des Vormunds als eine Nachbildung des Erwerbes durch einen Procurator bezeichnet: so scheint darin der Gedanke zu liegen, daß in der Tutel ein allgemeiner Auftrag zum Besitzerwerb für den Mündel enthalten sei; woraus weiter gefolgert werden dürfte, daß der Verfasser an einen Procurator mit umfassenderer Geschäftsführung, nicht an einen Procurator für einen speciellen Erwerbsact gedacht, jedenfalls einen Besitzerwerb in Folge allgemeinen Auftrages für möglich gehalten habe. Nicht weniger scheint in l. 1. §. 20. D. de acqu. vel am. poss. eine Geschäftsführung des Procurators von weiterem Umfange angedeutet zu sein. Nachdem Paulus zuerst allgemein ausgesprochen hat: „per procuratorem, tutorem, curatoremve

Digitized by Google

possessio nobis acquiritur", fügt er hinzu, daß es jedoch darauf ankomme, ob sie in eigenem Namen, oder in der Absicht, dem Vertretenen ihre Thätigkeit zu widmen, den Besitz erlangt haben, und daß nur in dem letzteren Falle dem Vertretenen der Besitz erworben werde. Gerade wo Jemand neben seinem eigenen Vermögen ein fremdes verwaltet, wird es besonders wichtig, darauf zu achten, ob er in eigenem Namen oder für den Vertretenen Besitz ergreife; es kann dieses leicht zweifelhaft werden, während bei einem auf Besitznahme einzelner Sachen gerichteten Mandat meistens sich schon aus dem Auftrage ergibt, daß der Besitzerwerb in fremdem Namen geschehen sei [4]). Indem Paulus hierauf auch hinsichtlich des Procurators aufmerksam macht, dürfte er wahrscheinlich nicht einen Specialprocurator vor Augen gehabt haben.

Jedenfalls möchte doch der Ausspruch über den Pecuilienerwerb der Sklaven und Haussöhne in l. 1. §. 5. D. de acqu. vel am. poss. eine Analogie gewähren. Wie bei dem Procurator mittelst des Mandats der Wille des Auftraggebers, so muß bei dem Besitzerwerb durch Sklaven und Haussöhne mittelst eines jussus der Wille des Gewalthabers sich kund gethan haben. Aber an den für das Peculium bestimmten Sachen wird ohne Befehl dem Gewalthaber durch den Sohn und Sklaven Besitz erworben. Paulus erklärt dieses dadurch, quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui iis peculium habere permisimus. Er bezeichnet in diesen Worten offenbar den Willen des Gewalthabers als das den Erwerb für ihn vermittelnde

---

[4]) Vergl. diese Zeitschrift N. F. B. 11. S. 238. 239. — Der Annahme Ihering's, Jahrb. für Dogmatik, B. 1. S. 329, daß hier der Gegensatz zwischen einem Stellvertreter und einem „Ersatzmann" habe ausgedrückt werden sollen, können wir nicht beistimmen.

Digitized by Google

Moment, woraus man folgern darf, daß für den in der Person des Vertretenen erforderlichen Besitzwillen, für das von Paulus selbst hervorgehobene animo utique nostro, ein allgemeiner Auftrag, eine auf längere Zeit ein für allemal ertheilte Ermächtigung genüge. Schirmer sucht dieses Ergebniß durch die Annahme zu beseitigen, Paulus habe andeuten wollen, daß mittelst des in der Gestaltung eines Peculiums dargelegten Willens des Herrn Sohn und Sklave als „juristische Besitzer" behandelt würden, wofür namentlich spreche, daß der Ausdruck „possidere" im Gegensatze zu dem vorausgehenden „tenent" von einem juristischen Besitze zu verstehen sei. Wie einerseits schwer einleuchten dürfte, daß ein klassischer römischer Jurist den Sklaven als juristischen Besitzer gedacht und bezeichnet habe, so paßt andererseits die Erklärung des Ausdrucks possidere als „juristischer Besitz" nicht zu dem Sinne der ganzen Stelle, welche sagt, daß wir durch Sklaven und Söhne auch an den Peculiarsachen Besitz erwerben, daß das possidere hier, wie an so vielen Stellen, nur natürlichen Besitz, Ausübung des Besitzes für den Gewalthaber haben kann, nach dem von Paulus selbst l. 3. §. 5. eodem (und in demselben lib. 54. ad edictum) entwickelten Grundsatze: non eadem possessio apud duos esse potest. So wird namentlich auch in l. 24. eodem die Besitzthätigkeit des Sklaven als „possidere" bezeichnet, und gleich darauf hinzugefügt: quod justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est, et peculium, quod servus quidem civiliter possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur tenere. Dazu kommt, daß Paulus selbst anderswo, l. 3. §. 12. eodem, den Besitz des Herrn an dem Peculiarerwerb des Sklaven ausdrücklich unter den Gesichtspunkt des „animo nostro, corpore etiam alieno possidere" bringt: „Caeterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus, per colonum et servum. Nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes

Digitized by Google

possidemus, id est, quod servi peculiariter paraverunt, nam videmus eas eorundem et animo et corpore possidere. Den letzten Worten dürfte der Gedanke zu Grunde liegen, daß kraft der mittelst Gestattung eines Peculiums einmal ertheilten allgemeinen Ermächtigung zum Erwerbe der in dem Sklaven zur Zeit der jedesmaligen Besitzergreifung vorhandene Wille, die einzelne Sache zu erwerben, als Wille des Herrn gelte. Ob die Art, wie Paulus den Besitzerwerb an den Peculiarsachen erklärt, ausreichend ist, ob wie Papinian (l. 44. §. 1. eodem) sich ausspricht, die Fähigkeit des Sklaven, ohne Befehl und Wissen des Herrn diesen Besitz zu erwerben, als eine zur Befriedigung eines praktischen Bedürfnisses eingeführte Singularität [5]) angesehen werden müsse; ob, wie Schirmer meint, der Peculiarerwerb auf einem durchaus anderen Princip beruhe, als der Erwerb durch freie Stellvertreter, kann hier völlig dahingestellt bleiben; für unsere Frage ist es von Wichtigkeit, daß Paulus, dessen Aussprüche über den Besitzerwerb vorzugsweise in den Pandekten benutzt sind, den Besitzerwerb für den Gewalthaber bei dem Peculium aus einem allgemeinen Auftrage ableitet, denselben als voluntate nostra, animo nostro, erworben bezeichnet. Wenn die Frage aufgeworfen würde, ob der Herr durch einen Sclaven, welchem er die ganze Verwaltung eines Landgutes übergeben, und dabei die Besorgung der nöthigen Ankäufe aufgetragen habe, Besitz und Eigenthum an den in Folge solchen Auftrages gekauften, so wie überhaupt an den für ihn in Empfang genommenen Sachen erwerben könne: so würde Paulus diese Frage schwerlich mit Berufung auf Mangel des nöthigen Willens in der Person des Herrn verneinend beantworten können.

---

[5]) Es möge hier bemerkt werden, daß in unserem früheren Aufsatze, B. 11. S. 232. Anm. 7. durch einen Druckfehler „Regularität" statt „Singularität" gesetzt ist.

Digitized by Google

Wird bei dem Peculium, welches a rationibus domesticis separatum ist, welches der Inhaber als sein eigenes Vermögen und zu seinem eigenen Besten behandeln darf, der Besitz als voluntate, animo, des Herrn erworben bezeichnet: so wird man den zum Besitzerwerbe in der Person des Herrn erforderlichen Willen um so weniger vermissen, wenn dem Sklaven ein allgemeiner Auftrag zur Verwaltung und zum Erwerbe für Rechnung des Herrn ertheilt ist.

Es bedarf indessen für die Begründung unserer Ansicht weder einer Berufung auf die Zusammenstellung der Procuratoren mit den Tutoren und Curatoren, noch auf die Analogie von dem Besitzerwerbe an den Peculiensachen; es läßt sich aus den Aussprüchen der Quellen auf dem Wege juristischer Logik direct die Möglichkeit eines Besitzerwerbes durch den procurator omnium bonorum nachweisen.

Wie in dem Eingang des Pandektentitels de procuratoribus die Eintheilung in procuratores omnium bonorum und unius rei aufgestellt ist, so wird auch in diesem Titel wie an anderen Stellen (z. B. l. 12. D. de part. 2, 14. l. 17. §. 1. D. de jurejur. 12, 2. l. 12, pr. D. de solut. 46, 3. l. 3. §. 2. D. judicatum solvi 46, 6) die Bestellung eines procurator omnium bonorum nicht als eine Ausnahme, eine Seltenheit, sondern als etwas sehr Gewöhnliches behandelt; es ist namentlich wiederholt von einem Procurator die Rede, welchem ein libera administratio rerum aufgetragen ist. Daher muß, wo von einem Procurator schlechthin die Rede ist und von der Wirksamkeit seiner Handlungen für den Auftraggeber, das Gesagte sowohl auf einen procurator omnium bonorum als auf einen procurator unius rei Anwendung finden. In den Stellen, welche aussprechen, daß durch einen Procurator dem Geschäftsherrn ohne dessen Wissen Besitz erworben werde, ist durchgehends ganz allgemein von einem Procurator die Rede, und es wird nirgends ein Unterschied zwischen einem weiteren oder engeren Umfange

Digitized by Google

der aufgetragenen Geschäftsführung hervorgehoben oder auch nur angedeutet. Es ist damit also die Anwendung des Grundsatzes, daß durch einen Procurator domino ignoranti Besitz erworben werde, auf den Fall eines generellen Auftrages und auf den procurator omnium bonorum gegeben.

Aber selbst, wenn man annehmen wollte, wozu man keineswegs berechtigt ist, daß in den Aussprüchen: per procuratorem placuit ignorantibus nobis acquiri nobis possessionem; placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse; per procuratorem possessio nobis acquiritur, per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, pridem receptum est; per procuratorem utilitatis causa possessionem quaeri placuit; u. s. w. die Verfasser ein Specialmandat vor Augen gehabt hätten: so würde man doch mittelst der ratio juris dahin gelangen, daß auch durch einen Procurator, welchem eine umfassendere Vermögensverwaltung mit ausdrücklicher Ermächtigung zum Erwerbe aufgetragen worden, der Besitz für den Herrn erworben werden könne. Im eigentlichen Sinne (proprie) wird nur derjenige Procurator genannt, welcher Geschäfte eines Anderen verwaltet und ihn namentlich durch Vornahme juristischer Handlungen vertritt, nicht der nuntius, welcher bloß eine Sache bringt oder abholt; und es ist von römischen Juristen bezweifelt worden, ob man auch den, welcher wegen einer einzigen Angelegenheit einen Auftrag übernimmt (unius rei mandatum suscipientem) als Procurator ansehen dürfe. Schon daraus würde folgen, daß der Auftrag, in Folge dessen durch den Procurator Besitz für den Auftraggeber erworben wird, nicht auf das Ergreifen einer bestimmten species gerichtet zu sein braucht, daß der Besitzerwerb auch durch einen Procurator geschehen kann, welchem eine weitere Geschäftsbesorgung übertragen ist. Dasselbe ergiebt sich überdies aus den in den Pandekten hervorgehobenen Fällen, in welchen von einem Auftrage zum Kaufen die Rede ist, und der Auftrag zum Besitzerwerbe als

Digitized by Google

in jenem mitbefaßt vorausgesetzt wird. Es liegt also zu Tage, daß dem Procurator ein Ermessen hinsichtlich der Zeit des Erwerbes, der Auswahl der Sache, der Bedingungen, überlassen sein kann, daß es den Besitzerwerb für den Herrn nicht hindert, wenn es auch ungewiß ist, ob und wann und welche species der Procurator kaufen werde. Es muß der Auftrag zum Besitzerwerbe, wie jeder andere Auftrag, nicht bloß Wochen und Monate, sondern auch Jahre lang und auf unbestimmte Zeit, wirksam bleiben können, denn eine bestimmte Zeitgrenze ist nicht gegeben; und bis der einmal ertheilte Auftrag durch Erfüllung, Widerruf Tod u. s. w. erlischt, muß, was der Procurator dem Auftrage gemäß für den Auftraggeber erwirbt, als mit des Letzteren Willen erworben angesehen werden. Es kann der Wirksamkeit des Auftrages nicht hinderlich sein, wenn zu gleicher Zeit zum Erwerbe mehrerer Sachen Auftrag ertheilt wird oder ein und derselbe Auftrag eine Menge Erwerbungen umfaßt, ebensowenig wenn mit dem Auftrag zum Erwerbe ein Auftrag zu anderweitiger Geschäftsführung verbunden ist, oder jener Auftrag sich als Theil einer umfassenderen Verwaltung darstellt. Es ist nicht nur reine Willkühr, den Erwerb durch einen Procurator auszuschließen, wenn ihm ein „ganzes Vermögen" oder „ein Theil desselben" zur Verwaltung übergeben ist; sondern es ist auch die „Verwaltung eines Vermögens oder Vermögenstheils" völlig ungeeignet, als Grenzlinie für die Möglichkeit des Besitzerwerbes bei allgemeinerem Auftrage zu dienen; denn auch bei solchen allgemeinen Aufträgen, bei welchen Schirmer mit Scheurl und Puchta einen Besitzerwerb für den Geschäftsherrn zulassen will, ist dem Procurator ein wenn auch noch so kleiner Vermögenstheil zur Verwaltung übergeben. Ob der Erwerb einzelner Sachen oder die anderweitige Geschäftsführung als Hauptgegenstand des Auftrages erscheint, muß gleichgültig sein, wenn nur zu dem Einen wie zu dem Anderen in dem Auftrage genügende Ermächtigung ertheilt ist. — Puchta, welcher an dem

Digitized by Google

Dogma festhält, daß durch einen procurator omnium bonorum kein Besitz erworben werden könne, legt (kleine civil. Schriften XXXII, de dominio per procuratorem acquirendo), folgenden Rechtsfall vor. Titius hatte, wie es schon häufig geschehen war, dem Einwohner eines anderen Orts, Sempronius, aufgetragen, bei den Landleuten der Umgegend Wolle zusammen zu kaufen. Als Sempronius unter Verwendung des von Titius empfangenen Geldes das Geschäft ausgeführt, die an ihn abgelieferte Wolle in seinem Notizbuche als für seinen Auftraggeber gekauft bezeichnet, auch einen Theil an Titius gesandt hatte, und den übrigen Theil zur Ablieferung bereit hielt, gerieth er in Concurs. Seine Gläubiger bestritten das Eigenthum des Auftraggebers an der noch bei Sempronius lagernden Wolle, weil Ersterer bei dem allgemeinen Auftrage zum Ankaufe unbestimmter Sachen den animus possidendi nicht gehabt haben könne. Puchta entscheidet sich dafür, daß der Auftraggeber Titius den Besitz an der gekauften Wolle erworben habe, und zieht namentlich aus l. 34. §. 1. D. de acqu. vel am. poss. die Folgerung: „sufficere, dominum possidendi id, quod procurator apprehensurus est, animum habere. Es ist schwer einzusehen, wie es dem Besitzerwerb für den Geschäftsherrn hätte hinderlich sein können, wenn Sempronius nicht blos Auftrag gehabt hätte, nach seinem Ermessen Wolle aufzukaufen, sondern ihm die Aufsicht über eine dem Geschäftsherrn gehörige Fabrik und zugleich der Ankauf aller für den Betrieb der Fabrik nöthigen Rohstoffe übertragen gewesen wäre; denn auch in solchem Falle, wie überhaupt in allen Fällen eines allgemeinen Auftrages zum Erwerb, muß man dem Geschäftsherrn den animus possidendi id, quod procurator apprehensurus est, beilegen.

Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, tam ratione utilitatis, quam juris, pridem receptum est. Allerdings konnte die ratio juris dahin führen, denn dasjenige, dessen in Folge meines Auftrages ein Anderer

Digitized by Google

für mich sich bemächtigt hat, ist in der That in meiner Gewalt. Zunächst und vorzugsweise mag aber doch das praktische Bedürfniß die Römer vermocht haben, für den Besitz von dem starren Rechtsgrundsatze, daß man durch einen extraneus nichts erwerben könne, abzugehen, und den Erwerb durch freie Stellvertreter zuzulassen, wie denn auch in Beziehung auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter wiederholt auf die utilitatis causa, als leitenden Gesichtspunkt, hingewiesen wird. Dieser Gesichtspunkt führt aber mit Nothwendigkeit zur Zulassung des Besitzerwerbes durch Administratoren. Ein großer Uebelstand würde darin liegen, wenn Jeder, welcher, sei es im Kriegsdienste oder sonst rei publicae causa, oder aus anderen Ursachen, seine Heimath auf ungewisse längere Zeit verlassen müßte, auch wenn er einen Administrator seiner zurückgelassenen Güter bestellt hätte, mit der ausdrücklichen Ermächtigung, für ihn Eigenthum und Besitz zu erwerben, gleichwohl keinen Besitz, also auch kein Eigenthum durch seinen Vertreter erwerben könnte, als nur mittelst nachträglicher besonderer Rabihabition jeder einzelnen Apprehension; es würde hier namentlich das Mißverhältniß eintreten, auf welches, als einen Grund für die Nothwendigkeit des Besitzerwerbes durch freie Stellvertreter, Paulus in l. 1. §. 20. D. de acqu. vel am. poss. hinweiset: alioquin, si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habet animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem. Durch einen zur Vermögensverwaltung angestellten Curator kann dem Vertretenen Besitz erworben werden, es würde damit in einem auffallenden Contraste stehen, wenn nicht der Vermögensinhaber selbst für die Dauer seiner Abwesenheit oder bei sonst eintretender Behinderung einen Verwalter seines Vermögens mit gleicher Befähigung hinsichtlich des Besitzerwerbes sollte bestellen können. Bei angenommener Unmöglichkeit des Besitzerwerbes durch Admi-

Digitized by Google

nistratoren würde ferner ein Jeder gar schlimm daran sein, welcher durch Abwesenheit, eintretende körperliche Schwäche, Uebernahme eines Staatsamtes, oder wegen des Umfanges seiner Güter und seiner Gewerbsgeschäfte außer Stande wäre, seine gesammte Vermögensverwaltung in allen einzelnen Erwerbsverrichtungen selbst wahrzunehmen, er würde nämlich hinsichtlich des wichtigsten Vermögensrechts, des Eigenthums, des erforderlichen Rechtsschutzes entbehren; es würde die Masse seines Eigenthums einer fortwährenden Verminderung mit Nothwendigkeit ausgesetzt sein, da die von den Administratoren vorgenommene Tradition ganz unzweifelhaft (§. 42. 43. J. de rer. div. l. 9. §. 4. D. de acqu. rer. dom.) das Eigenthum überträgt, mithin der treueste Administrator bei nothwendigem Umsatze nicht im Stande sein würde, die Abnahme des Eigenthums zu verhindern, den einem fortwährenden Abgange ausgesetzten Bestand durch den Erwerb für den Herrn zu ergänzen. Es möchte aber nicht in dem Geiste des römischen Rechts liegen, daß der Verlust des Eigenthums vor dem Erwerbe desselben begünstigt werde; es ist nicht zu vermuthen, daß die Römer bei Erweiterung der Stellvertretung vorzugsweise eine Verminderung des Vermögens durch Handlungen der Stellvertreter erleichtert haben, da in Beziehung auf Stellvertretung gerade das entgegengesetzte Streben, Begünstigung des Erwerbes vor dem Verluste, klar dargelegt wird. Jedenfalls ist anzunehmen, daß bei Erweiterung der Stellvertretung die Möglichkeit des Erwerbes mit der Möglichkeit der Veräußerung gleichen Schritt gehalten habe, und nicht Letztere vor der Ersteren begünstigt worden sei. Auch fällt es schwer zu glauben, daß Paulus, wenn er in l. 58. D. de procurat. allgemein sagt, „procurator cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest — aliud pro alio permutare“, dabei eine zum Nachtheil des Vertretenen ungleiche Wirksamkeit des Tausches vor Augen gehabt, und stillschweigend vorausgesetzt habe, der Vertretene verliere in solchem

Digitized by Google

Falle allerdings das Eigenthum an der vertauschten Sache, ohne das Eigenthum an der eingetauschten erwerben zu können [6]). Die römischen Juristen würden gewiß eine so sehr dem praktischen Bedürfnisse zuwiderlaufende Theorie als eine nimia subtilitas verworfen haben.

Ließe sich nachweisen, daß nach dem römischen Rechte, wie selbiges von Justinian uns überliefert worden, der Besitzerwerb, und somit auch der Eigenthumserwerb, durch einen procurator omnium bonorum oder überhaupt durch einen zur Verwaltung eines größeren Vermögenstheiles angestellten Geschäftsführer ausgeschlossen sei; so könnte die Frage entstehen: ob diese Beschränkung auch in dem heutigen gemeinen Rechte noch anzuerkennen, und nicht vielmehr nach den jetzt geltenden Grundsätzen über die Stellvertretung, insbesondere nach der ganzen Gestaltung unseres Geschäfts- und Verkehrslebens, ein Besitzerwerb durch Güteradministratoren anzunehmen sei. Eine solche Annahme möchte sich als eine weitere Entwickelung der römischen Rechtsgrundsätze nach den von den Römern selbst aufgestellten leitenden Gesichtspunkten und mit Rücksicht auf die in dem heutigen Rechte grundsätzlich anerkannte unbeschränkte Zulässigkeit der Stellvertretung rechtfertigen lassen. Indessen dürfen wir uns aller weiteren Ausführung enthalten, da wir in diesem und unserem früheren Aufsatze zur Genüge dargethan zu haben glauben, daß auch in dem römischen Rechte der Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum nicht ausgeschlossen ist.

Schirmer hält eine nachdrückliche Bekämpfung unserer „der bisher herrschenden Lehre schroff gegenüber tretenden Ansicht" schon aus dem Grunde geboten, weil dieselbe „bei ihrem Eindringen in die unmittelbare Rechtsanwendung von dem weitgrei-

---

[6]) Vergl. Savigny, System B. 3. S. 93. 94. Obligationenrecht B. 2. S. 23. (e) L. 133. D. de reg. jur. l. 12. C. de acqu. poss. 7, 32.

Digitized by Google

fendsten Einflusse sein würde." Aus demselben Grunde, mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der hier behandelten Frage für die Rechtsanwendung, wird die vorstehende ausführliche Entgegnung sich rechtfertigen. Zum Schlusse möge noch in Betracht gezogen werden, wie, so weit es vorliegt, die höchsten Gerichte Deutschlands in der Rechtsanwendung diese Frage behandelt haben. Es ist in unserem früheren Aufsatze nicht behauptet worden, daß der heutige Gerichtsgebrauch sich für die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch einen procurator omnium bonorum entschieden habe; sondern lediglich, daß die unter den Schriftstellern herrschende Ansicht in der Praxis „auf Widerstand gestoßen sei", es sind Entscheidungen zweier höchsten Gerichte angezogen, welche solchen Besitzerwerb anerkennen, wogegen andererseits von uns hervorgehoben worden, daß das Obertribunal zu Berlin mit Berufung auf Savigny sich zu der herrschenden Theorie bekannt habe. Die Mittheilungen, welche seitdem in Seuffert's Archiv erschienen sind, geben zu folgender Zusammenstellung Gelegenheit.

Das Oberappellationsgericht zu Celle stellt in einer Entscheidung vom 9. Juni 1845 (Seuffert's Archiv B. 8. Nr. 130.) den Satz auf, es sei zweifellos, daß der Besitz durch beauftragte Stellvertreter dem Auftraggeber nicht erworben werde, „wenn er von den Handlungen nichts weiß", und gelangt zu dem Resultate, daß durch Gutsjäger, welche vermöge ihrer herrschaftlichen Dienste gewisse Felder bejagt hätten, ohne besonderen Auftrag der Herrschaft kein Besitz erworben werde. Aber in einer Entscheidung vom 2. December desselben Jahres (das. B. 2. Nr. 135) erkennt dasselbe Gericht an, daß für ein Gut, welches für den fortwährend abwesenden Eigenthümer administrirt werde, Besitz und in Folge fortgesetzten Besitzes das entsprechende Recht selbst mittelst Verjährung kraft allgemeinen Auftrages erworben werden könne. „Es steht", heißt es, „die von den Administratoren vorgenommene Jagdausübung in Frage, und die zur Wahrnehmung

von Rechten des Guts angestellten Personen (Verwalter und Forstofficialen) sind vermöge ihres Dienstverhältnisses zur Vornahme solcher Handlungen befugt. Da es ferner als erwiesen anzunehmen ist, daß die bezeugte Jagdausübung als Gerechtsame des Guts und für dasselbe vorgenommen worden: so bedarf es überall nicht des Beweises eines späteren speciellen Auftrages oder des Umstandes, daß die Jagd mit Wissen der Eigenthümer ausgeübt worden."

Das Oberappellationsgericht zu Jena hat in einer Entscheidung vom 7. Juni 1849 (das. B. 4. Nr. 205.) mit Berufung auf die Fähigkeit juristischer Personen, durch ihre Repräsentanten zu erwerben, anerkannt, daß die Großherzogliche Kammer durch Gutsschäfer ohne besonderen Auftrag Besitz erwerben könne; „daß der Klägerin sich auf die Besitzhandlung der überhaupt mit der in unmittelbarer Ausübung des klägerischen Triftrechts beauftragten Gutsschäfer zu berufen gestattet sein müsse, welche in Folge ihres Dienstverhältnisses überall nichts für sich zu erwerben beabsichtigen konnten, sondern die fragliche Hut lediglich für die Klägerin und zum Vortheile des berechtigten Guts ausüben."

Aehnlich hat das Obertribunal zu Berlin, obwohl an der Lehre festhaltend, daß es zum Besitzerwerbe durch Procuratoren eines specielleren Auftrages bedürfe, wiederholt den Erwerb des Besitzes für Gemeinden durch Gemeindehirten ohne speciellen Auftrag anerkannt, und den Einwand, daß der Besitz nicht mit Wollen und Wissen der Gemeinde geübt werden, durch die Bemerkungen zurückgewiesen, daß das Bewußtsein der Corporation durch Vorsteher und Beamte derselben vertreten werde, und daß ein Gemeindehirte als Beamter der Gemeinde anzusehen sei. (Das. B. 2. Nr. 10 und diese Zeitschrift. B. 11. S. 235.)

Das Oberappellationsgericht zu Kassel hat in einer Entscheidung vom 15. Sept. 1849 (Seuff. Arch. B. 8. Nr. 231.) auf's Bestimmteste ausgesprochen, daß sowohl nach l. 42. §. 1.

Digitized by Google

D. de acqu. vel 3 am. poss., als nach dem Wesen des Besitzes, weil nur in einem speciellen Mandat der in der Person des Auftraggebers erforderliche animus possidendi sich kund gebe, Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum gar nicht möglich sei; dennoch aber Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum für Standesherren aus dem Grunde anerkannt, weil den Standesherren das Vorrecht zustehe, eigene Verwaltungsbehörden unter der Benennung „Rentekammern oder Domainenkanzleien" zu haben. „Solche Behörden können die Person des Standesherrn hinsichtlich der Vermögensangelegenheiten vertreten, ohne daß es auf das privatrechtliche Verhältniß eines Auftrages oder eine Genehmigung des speciellen Actes ankommt; und so kann insbesondere die Domainenkanzlei dem Standesherrn als dessen procurator omnium bonorum Besitz erwerben, ohne daß es der Ratihabition der Besitzergreifung von Seiten des dominus bedürfte."

So weit in den vorgedachten Entscheidungen der Besitzerwerb für den Herrn angenommen wird, läßt sich in demselben kaum ein Streben verkennen, in Fällen, in welchen die Anwendung des theoretisch festgehaltenen Satzes, daß es zum Besitzerwerbe durch einen Procurator eines speciellen Auftrages bedürfe, mit dem praktischen Bedürfnisse in klaren Widerspruch treten und das Rechtsgefühl sich gegen selbige sträuben würde, dieser Anwendung auf Umwegen zu entgehen. Die zu diesem Zwecke aufgestellten Entscheidungsgründe müssen offenbar höchst bedenklich erscheinen. Man begreift nicht, warum ein abwesender Gutsbesitzer auf die Dauer seiner fortwährenden Abwesenheit ohne sein Wissen und ohne speciellen Auftrag durch seine Jagdbedienten solle Besitz erwerben können, wenn der Satz feststeht, daß es zum Besitzerwerb durch Procuratoren eines auf die einzelnen Handlungen gerichteten Auftrages oder der Ratihabition bedürfe. Daraus, daß für juristische Personen, namentlich für Gemeinden, durch ihre Vorsteher Besitz erworben werden kann, folgt doch

Digitized by Google

nicht, daß die von den Vorstehern bestellten Procuratoren eine Erwerbsbefähigung haben, wie nach der bisher herrschenden Lehre eine physische Person sie zu ertheilen außer Stande sein würde. Die Befugniß des Gemeindehirten, für die Gemeinde zu erwerben, kann sich lediglich auf den ihm ertheilten Auftrag gründen, und wenn die Vorsteher einer Gemeinde oder die Mitglieder einer sogenannten universitas inordinata einen Hirten mit der Befähigung anstellen können, für sie und im Namen der universitas ohne speciellen Auftrag Besitz zu erwerben, warum sollten nicht mehrere Miteigenthümer eines Guts, warum sollte nicht ein einzelner Gutsbesitzer einen Hirten oder einen anderen Geschäftsbesorger mit gleicher allgemeiner Befähigung anstellen können? In Widerspruch mit dem Wesen des Besitzes sollen Standesherren durch einen procurator omnium bonorum Besitz erwerben können kraft des Vorrechts „Rentekammern oder Domainenkanzleien zu halten", eines Vorrechts, welches wenigstens in der Bundesacte Art. 14 nicht genannt ist. Aus diesem angeblichen Vorrechte, oder aus dem Gebrauch, daß Standesherren ihre Einkünfte durch stehende Behörden verwalten lassen, mag sich ein stillschweigender allgemeiner Auftrag eines jeden neu antretenden Standesherrn zur Fortführung der Geschäfte ergeben; es möchte aber daraus nicht folgen, daß der Auftrag eines Standesherrn in privatrechtlicher Beziehung wirksamer wäre, als der Auftrag anderer Personen, namentlich, daß sein Auftrag eine dem Rechtsbegriffe, dem Wesen des Besitzes, widersprechende rechtliche Wirkung habe. Dabei möchte sich die Frage aufdringen, wie es hinsichtlich anderer Personen zu halten sei, welche, ohne daß ihnen die Vorrechte der Standesherren zukommen, sich in ähnlichen Standes- und Vermögensverhältnissen befinden, hinsichtlich der apanagirten Mitglieder regierender oder mediatisirter Häuser oder überhaupt hinsichtlich der Besitzer größeren Herrschaften, welche die Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten, namentlich ihrer Einkünfte, eigends dazu angestellten Personen,

Digitized by Google

(Administratoren, Inspectoren) übertragen haben; ob das angebliche Vorrecht der Standesherren, durch procuratores omnium bonorum Besitz zu erwerben, auf diese ausgedehnt werden soll, oder ob ein solcher Geschäftsherr an den tausend Gegenständen, welche für ihn und auf seine Kosten in Empfang genommen werden, namentlich auch an den aus seinen Gütern gewonnenen und in einer besonderen Kasse für ihn aufbewahrten Geldern, kein Eigenthum erwerben kann. — Allerdings tritt in den Verhältnissen, für welche in den vorgedachten Entscheidungen Besitzerwerb durch Generalprocuratoren anerkannt wird, das Bedürfniß eines solchen Besitzerwerbes besonders hervor, es würden namentlich juristische Personen, in beständiger Abwesenheit von ihren Landgütern lebende Gutsherren und Standesherren in ihren Vermögensangelegenheiten sehr gefährdet sein, wenn es unmöglich wäre, durch angestellte Vertreter kraft allgemeinen Auftrages Besitz zu erwerben. Aber dasselbe Bedürfniß tritt für jeden Menschen ein, welcher genöthigt ist, sein Vermögen oder einen besonderen Vermögenstheil auf längere Zeit durch Andere verwalten zu lassen, sei er höheren oder niederen Standes. Was durch jene Entscheidungen als Recht anerkannt ist, wird im täglichen Leben und im gewöhnlichen Geschäftsgang als Recht vorausgesetzt, aber nicht als ein Vorrecht juristischer Personen, abwesender Rittergutsbesitzer, mediatisirter Reichsstände, sondern als ein jus commune aller Stände und Klassen. Es wird im täglichen Leben nicht leicht Jemand in Zweifel ziehen, daß alle Gegenstände, welche der Verwalter eines Grundstückes zum Betriebe dieses Grundstückes nach seinem Ermessen auf Kosten seines Herrn und in der Absicht, für diesen zu erwerben, anschafft, sogleich mit dem Empfang durch den Verwalter in das Eigenthum des Herrn übergehen; daß dasselbe der Fall sei, wenn ein Factor oder Fabrikvorsteher kraft allgemeinen Auftrages für Rechnung des Herrn Waaren, Maschinen und andere Fabrikgeräthe anschafft, oder Gelder erhebt und von seinem eigenen Gelde getrennt in einer besonderen Kasse aufbe-

Digitized by Google

wahrt. Diese in dem täglichen Verkehrsleben sich bethätigende Ansicht wird gewiß auch in tausend Fällen des Concursverfahrens bei den Gerichten Geltung gefunden haben; es werden in unzähligen Fällen die von Gutsverwaltern, Factoren u. s. w. kraft allgemeinen Auftrages für Rechnung des Herrn angeschafften Gegenstände, gehobenen Gelder, als Eigenthum des Letzteren anerkannt worden sein, ohne daß dabei gefragt worden, ob und in welchem Grade Specialität des Auftrages zum Besitzerwerb durch Stellvertreter erforderlich sei.

Der Widerspruch, durch welchen die Gerichte bei Festhaltung des Lehrsatzes von der Unmöglichkeit eines Besitzerwerbes durch einen procurator omnium bonorum mit dem Leben treten würden, ist namentlich von dem Appellationsgerichte zu Altenburg in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse vom 14. Novbr. 1850 (Seuffert, B. 5. S. 124 u. fg.) hervorgehoben worden. Nach einer Widerlegung der von Savigny für jenen Satz aufgestellten Gründe heißt es weiter: „Will man mit dem Leben nicht vielfach in Widerspruch gerathen, will man nicht am Ende dahin kommen, den Besitz derjenigen Sachen zu läugnen, deren Existenz man vergessen hat; so muß man mit dem Erfordernisse des Bewußtseins physischer Herrschaft sehr vorsichtig umgehen, und insbesondere von dem Principal eines Universalmandatars nicht mehr verlangen, als das Bewußtsein, einen Vertreter zu Erwerbungen jeder Art legitimirt zu haben, indem im Uebrigen das Bewußtsein physischer Herrschaft auf Seiten des Mandatars ergänzend hinzutritt. Daß diese Auffassung dem Leben entspricht, ist kaum zu bezweifeln; denn wer möchte annehmen, daß der Principal, welcher seinem Handlungsgeschäfte einen Factor vorgesetzt hat, sich nicht im Besitze und Eigenthum aller derjenigen Waaren befinde, welche im Verlaufe der Jahre von dem Factor in Gemäßheit seines Mandats acquirirt, deren Apprehension aber dem Principal nicht bekannt geworden?"

Solchergestalt hat die zuerst von einem der Glossatoren zu l. 42. §. 1. D. de acqu. vel am. poss. aufgestellte, von

Digitized by Google

Cujacius, Donellus, Vimicius u. A. verworfene Lehre von der Nothwendigkeit eines speciellen Auftrages für den Besitzerwerb durch Procuratoren, nachdem sie durch Savigny zu Herrschaft in der Literatur gebracht worden, sich doch auf gleiche Weise in der Praxis nicht geltend machen können; sie ist hier auf mehr oder weniger entschiedenen Widerstand gestoßen, und selbst von Gerichten, welche ihr eine theoretische Anerkennung nicht versagt haben, in der Anwendung umgeben worden; und es dürfte einleuchten, daß das Festhalten an dieser Lehre bei ihrem offenbaren Widerstreite mit den Bedürfnissen unseres Verkehrslebens nur zu Inconsequenzen, zur Verwirrung und Rechtsunsicherheit führen kann.

Digitized by Google

IX.

Zur Lehre
von den Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen.

Von

Herrn Dr. Th. Brackenhoeft,
Professor in Heidelberg.

---

§. 1.

Nach dem Berichte des Gajus[1]), waren die Schulen der römischen Juristen darüber uneinig, ob das Legat, gleich der Stipulation, durch die Hinzufügung einer unmöglichen Bedingung vernichtet werde, oder nicht. Obgleich seine Schule den Unterschied zwischen beiden, der in dieser Beziehung in den römischen Rechtsquellen hervortritt, vertheidigte; so war derselbe doch seiner Meinung nach, kaum zu begründen. Dennoch ist er bekanntlich im römischen Rechte zur Anerkennung gelangt. Es wird anderweitig*) ausgeführt werden, daß das römische Beerbungsrecht von der zumessenden mancipatio seinen Aus-

---

[1]) Gaj. J. III. 98.

*) In Bd. 17. H. 3. dieser Zeitschrift.

Digitized by Google

gang genommen, und daher die vernichtende Kraft einer Bedingung der gedachten Art nur dann eintreten können, wenn diese Bedingung in einer besondern abmessungskräftigen Verfügung der zumessenden Verfügung sich gegenübergestellt habe. Daß die bloße Hinzufügung einer Bedingung, bei der Erbeneinsetzung ohne eine anderweitige Erbeneinsetzung, bei dem Legate ohne Ademtion desselben, auf den Fall der Nichtexistenz der Bedingung; als eine solche abmessende Verfügung nicht gelten konnte, scheint unzweifelhaft. Daß die unmögliche Bedingung nicht um ihrer Unsinnigkeit willen als nicht hinzugefügt angesehen wurde, zeigt sich darin, daß eben ihre Unsinnigkeit den Nachweis erforderlich machen konnte, daß der Disponent bei gesundem Verstande gewesen, um seine Verfügung aufrecht zu erhalten [2]). Es hätte also die Unsinnigkeit hier zu demselben Resultate führen müssen, wie die Unmöglichkeit bei Stipulationen. Daß Gajus darüber in Beziehung auf die Legate nicht in's Klare zu kommen vermochte, erklärt sich schon daraus, daß es zu seiner Zeit eine Art des Legats gab, auf welches jene Idee der Zumessung nicht paßte, nemlich das legatum per damnationem [3]). Überdieß mußte die Idee der Zumessung, bei der Umwandelung der Gestalt der Rechtsgeschäfte, von der Wortauslegung ihrer Bestimmungen verdrängt werden. In Gemäßheit dieser Idee bleibt der Stoff des Legats in der Erbschaft, von welcher das Legat oder das Stück dem Legatar zugemessen ist, bis die wirksam hinzugefügten Bedingungen eingetreten sind, und der Legatar das Legat angenommen hat. Daß während des Schwebens einer dem Legate hinzugefügten Bedingung dessen Stoff, oder die res, zwar „interim", aber „pleno jure", „heredis est", findet sich mit klaren Worten ausgesprochen [4]). Und es wirkt

---

[2]) L. 27. D. de condit. inst. 28. T.

[3]) Gaj. J. II. 201. sqq.

[4]) L. 12. §. 2. D. fam. herc. 10. 2. L. 29. §. 1. D. qui et a quib. 40. 9. L. 9. pr. D. de statu lib. 40. 7. Er schuldet das Legat erst, wen

Digitized by Google

das Eintreten der Bedingung hier nicht, wie in anderen Verhältnissen zurück [5]). Es ist aber andererseits nicht allein jede Verfügung des Erben über den Stoff vor dem Deficiren der Bedingung, sondern auch überall eine Tradition desselben von Seiten des Erben an den Legatar für den Eigenthumserwerb des letztern wirkungslos [6]). Es erklärt sich dies daraus, daß der Legatar mit dem Stücke auch ein Vertheidigtsein der Aneignung des Stoffes, die proprietas [7]) bereits hat. Daß er aber, den Stoff nicht unmittelbar, nicht das naturale dominium [8]) an demselben hat, zeigt sich wiederum darin, daß jene Tradition zu dem Zwecke, daß der Erbe selber den ihm zugewendeten Ususfruct an dem Stoffe erwerbe, wirksam geschehen kann [9]) Es wirkt ferner bei dem Legate die Bedingung: si volet [10]); der Erbeneinsetzung aber kann sie nur wirksam hinzugefügt werden, sofern der Erbe die Erbschaft als necessarius heres ohne seinen Willen erworben haben würde [11]). Sie hat also nur Wirkung, sofern nicht der Erwerb von dem Wollen seinen Ausgang nimmt. Es folgt daher aus der Wirksamkeit einer solchen Bedingung

---

die Bedingung eingetreten ist: L. 41. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 5. § 2. D. quando dies 36. 2.

[5]) L. 4. L. 5. §. 2. L. 21. pr. D. quando dies legati 36. 2. L. 1. §. 14. L. 21. L. 22. pr. D. ut legat. 46. 3. L. 49. §. 1. D. de leg. I. L. un. §. 7. C. de caduc. toll. 6. 51.

[6]) L. 69. pr. D. de legat. I. u. L. 47. D. de furtis 47. 2. L. 15. D. de reb. dub. 34. 5. L. 81. pr. L. 82. pr. L. 86. §. 2. D. de legat. I. L. 80. D. de legat. II. L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. 8. 6. L. 34. D. de relig. 11. 7. L. 13. §. 1. D. de pignor. 20. 1. L. 11. D. de manum. 40. 1. L. 29. §. 1. D. qui et a quib. 40. 9. L. 24. §. 21. L. 26. §. 2. D. de fideic. lib. 40. 5.

[7]) L. 4. D. de usu et usufr. 33. 2.

[8]) Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß. N. F. IX. S. 175 ff.

[9]) L. 36. pr. D. de usu et usufr. 33. 2.

[10]) L. 65. §. 1. D. de legat. I. L. 69. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

[11]) L. 69. D. de hered. inst. 28. 5. u. L. 4. D. eod. L. 12. D. de cond. inst. 28. 7. Dem filius suus kann auch eine andere Bedingung nicht auferlegt werden: L. 4. L. 5. L. 6. pr. §. 1. D. de hered. inst. 28. 5.

Digitized by Google

beim Legate, daß der Legatar ohne seinen Willen das Legat erwirbt [12]), und nur eine Wiederabmessung, die „discessio“, „recessio“, oder „ablatio“ des Legats [13]), an den Erben bewirkt.

§. 2.

Es wird aber dieser Wiederabmessung die Kraft der Wiederauflösung entzogen dadurch, daß die Vereinigung von Stück und Stoff festgehalten; und indem der letztere erst durch die Existenz der Bedingung erworben wird, tritt eine Aufschiebung des Gesammterwerbes, an die Stelle der Abmessung. Es zeigt sich dies einestheils schon in der Wirkung von Mängeln der Erbeneinsetzung, in dem Gegensatze zwischen der Nichtigkeit wegen Uebergehung eines zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen, und der Ruption, die in Folge des spätern Hinzutretens eines Notherben eintritt. Obgleich der erstere bereits zur Zeit der Testamentserrichtung ein Theilnehmer der Vermögenszuständlichkeit des Erblassers ist (vivo quoque parente quodammodo dominus aestimatur [1]); so beschränkt diese Theilhaberschaft sich doch auf die Stückseite. Der Erwerb der Stoffseite ist aufgeschoben, bis der Tod des Erblassers eingetreten und ausschließende oder aufschiebende Verfügungen desselben unwirk-

---

12) Das unbedingte, vom Tode des Erblassers an: L. 5. §. 1. D. quando dies legati 36. 2. L. 7. pr. L. 21. pr. D. eod. L. 1. §. 1. 5. C. de caduc. toll. 6. 51; oder bei solchen Legaten, deren Gegenstand bloß ein Stück Erwerbsthätigkeit einer Person ist: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 174 f. 182 f.; oder deren Erwerbthätigkeitszustand, die Freiheit, ist, und daher erst in's Daseyn tritt, wenn diese Thätigkeit beginnen kann, von der Antretung der Erbschaft aus. L. un. §. 2. 4. D. quando dies ususfr. 7. 3. L. 2. L. 3. L. 9. D. quando dies legati 36. 2. L. 7. §. 6. L. 8. D. eod. mit L. 2. D. de usu etc. 33. 2.

13) L. 81. pr. L. 82. pr. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 66. D. de rei vind. 6. 1.

1) Gaj. J. II. 157. Vgl. L. 28. D. de condit. inst. 28. 7: „admittit vivo filio (patri inutiliter herede institutu) nepotes ad hereditatem.“

sam geworden sind. Der Erwerb des später hinzutretenden Notherben tritt dahingegen mit seinem Hinzutreten ein; und wiewohl dasselbe beim Leben des Erblassers nur die Stückseite ergreift, so wirkt es dennoch hindernd in Ansehung des Stofferwerbes aus dessen vorhergegangenen letztwilligen Verfügungen. Es hat dies einestheils die Folge, daß der Einsetzung eines Notherben als Testamentserben, die Bedingung: si volet; wirksam hinzugefügt werden kann (§. 1. not. 10). Es hat aber anderntheils das Aufgeschobensein des Erwerbes des zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen Notherben, die Folge, daß der ohne Antretung stattfindende Stückerwerb eines, in einer andern Person, gültig eingesetzten Testamentserben, ihn von dem Stücke ausschließt, was diesem erworben wird, indem es einem vor ihm eingesetzten andern Testamentserben deßhalb ungültig hinterlassen ist, weil der Notherbe übergangen worden. Wird in Folge dieses Uebergehens, die Einsetzung des Erben A. ungültig, dem der B. gültig substituirt ist, so kann der Notherbe nicht vor dem B. in das dem A. ungültig zugewendete Stück eintreten [2]), weil sein Erwerb durch die Einsetzung des B. suspendirt ist, und dessen Erwerb dem seinigen daher zuvorkommt. Die Substitution des B., tritt in die Stelle der Einsetzung des A. [3]), indem sie den Stoff derselben an sich zieht und den Notherben von demselben ausschließt. Ist aber der Notherbe erst nach der Testamentserrichtung als solcher eingetreten, so hindert er auch den Stofferwerb des gültig substituirten Testamentserben, und erwirbt das dem ungültig instituirten Testamentserben zugewendete Stück [4]). Während das Daseyn des Substituten den Erwerb

---

[2]) L. 3. §. 6. L. 14. §. 1. D. de lib. et posth. 28. 2. L. 43. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

[3]) . . . „putant, peremto primo gradu, testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est“: L. 3. §. 6. D. cit.

[4]) „Tollendo primum gradum sibi locum facit“: L. 5. D. de injusto et caet. testam. 38. 3.

Digitized by Google

des vorhandenen Notherben suspendirt, wird die Substitution, als die causa des Erwerbes des Substituten rumpirt, aber es wird kein Erwerb desselben resolvirt, weil noch kein solcher eingetreten ist. Es bleibt demnach in dem Erwerbe des Notherben die Zweiung zwischen Stückseite und Stoffseite. In dem Erwerbe des Testamentserben dahingegen, ist die Stückseite mit der Stoffseite verbunden [5]). Es schließt diese causa mittelst des Stoffanziehens einerseits den vorhandenen Notherben aus, während der Stückerwerb des später hinzutretenden Notherben ihr den Stoff entzieht. Die gleiche suspendirende Kraft, welche das Daseyn eines gültig eingesetzten Testamentserben oder Substituten auf den Erwerb des nicht eingesetzten Notherben übt, trägt auch die zulässige Bedingung in Ansehung des Erwerbes des als Testamentserben Eingesetzten, sei er Notherbe oder nicht, in sich, und zwar auch in Ansehung des Intestaterbrechts, sofern es dem Eingesetzten zusteht [6]).

§. 3.

Indem in dem Erwerbe des Testamentserben die Stoffseite von der Stückseite nicht geschieden ist, vermag derselbe die Antretung der civilen Erbschaft [1]), nicht mit der Wirksamkeit der definitiven Erwerbung [2]) vorzunehmen, ehe sämmtliche

---

[5]) Es tritt an die Stelle der Scheidung von Stückseite und Stoffseite, der Doppelerwerb durch Delation und Antretung, und die Zweiung von jus succedendi und jus successionis: m. Identität S. 425 ff. not. 59.

[6]) Daher hat der suus auch nicht ab intestato erworben, wenn er als Testamentserbe eingesetzt ist, und verstirbt, ehe die dieser Einsetzung gültig hinzugefügte Bedingung eingetreten ist: L. 5. D. de hered. inst. 28. 5. L. 28. D. de condit. inst. 28. 7.

[1]) Abgesehen von möglicher bonorum possessio secundum tabulas: L. 2. §. 1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. de B. P. sec. tab. 37. 11.

[2]) Sondern nur in wiederaufhebbarer Weise, im Falle der Zulässigkeit der s. g. cautio Muciana: L. 7. pr. L. 18. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

Digitized by Google

gültig hinzugefügte Bedingungen eingetreten sind [3]). Indem aber andererseits die Stückseite von derselben nicht geschieden ist, muß dieser Erwerb auf die Abmessung des Stückes denjenigen gegenüber gerichtet seyn, denen dasselbe auf den Fall des Nichteintretens des Erwerbes zugemessen ist; in ähnlicher Weise, wie der Erblasser durch Enterbung der Notherben, sich Raum für die Erbeneinsetzung schaffen muß. Er muß daher bei der Antretung auch *wissen*, daß die Bedingung eingetreten ist, wenn nicht dieselbe bloß auf ein solches Stück sich bezieht, das mit einem andern sich von selber vereinigt [4]). Er muß die *bewußte Absicht* haben, demjenigen, dem in Folge des Deficirens der Bedingung sein Erbstück zugemessen seyn würde, dasselbe zu entziehen. Es muß daher auch jeder Erbe bei der Antretung wissen, daß er eine *verlassene* Erbschaft antritt, ob er sie auf Grund eines gültigen Testaments oder vermöge der Intestatfolge antritt, und er darf darüber, so wie über die *Identität* des Erbstückes, das ihm zugemessen ist, nicht irren [5]). Indem aber hier nicht, *wie* beim Legate, der Stoff in einem andern Stücke seinen Sitz hat (§. 1. not. 4.) wirkt das Eintreten der Bedingung zurück [6]). Es hat aber das Ausgeschlossenseyn des Erwerbes während des Schwebens irgend einer Bedingung, von selber die Folge, daß kein bedingender Umstand eine resolvirende Wirkung äußert. Es ist dies nicht allein der Ausgangspunkt der bekannten Regel: semel heres, semper

---

[3]) L. 21. D. de condit. et demonstr. 35. 1. L. 32. §. 1. L. 34. §. 1. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 13. pr. D. eod.

[4]) L. 32. §. 1. L. 34. §. 1. D. cit. L. 35. pr. D. eod. L. 53. D. eod. L. 21. §. 3. D. eod.

[5]) L. 13. §. 1. L. 19. L. 21. §. 2. 3. L. 22. L. 30. §. 1. — 3. 5. 8. L. 32. L. 33. L. 34. pr. §. 1. L. 46. L. 51. L. 75. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 5. §. 1. D. si pars hered. pet. 5. 4. L. 2. §. 3. D. unde legit. 38. 7. L. 38. §. 1. D. ad Sctum Tertull. 38. 17.

[6]) L. 54. D. de adquir. her. 29. 2. L. 138. pr. L. 193. D. de R. J.

Digitized by Google

heres [7]); sondern es ist daraus auch der Grundsatz entsprungen, daß das Legat, wenn es einmal erworben, auch unentziehbar erworben ist [8]). Es treten jedoch beim Erbstücke, und beim Legate in der Bedingungsgestaltung dadurch Verschiedenheiten ein, daß jenes in Folge des Deficirens einer ohne eine auf dessen Fall gerichtete Erbeneinsetzung hinzugefügten Bedingung, dem Eingesetzten nicht entzogen wird, sondern nur bei einem anderen bleibt, und auch dann, wenn eine solche Erbeneinsetzung hinzugefügt ist, die Entziehung in eine Substitution übergeht; während dies bei Legaten anders ist. Es kann das Legat dem Legatar wiederum entzogen oder adimirt werden, ohne das es einem andern Legatar zugewendet wird [9]). Es zeigt die Verschiedenheit sich darin, daß wenn in einem und demselben Testamente, dasselbe Erbstück demselben Erben wiederholt zugewendet worden, alle Zuwendungen nebeneinander bestehen, bis der Erbe eine derselben gewählt hat; während im Falle einer gleichen Wiederholung bei Legaten, die Wiederholung die frühere Zuwendung aufhebt, so daß die letzte allein geltend bleibt [10]). Es trägt daher die Hinzufügung einer Bedingung beim Legat, immer eine auf den Fall des Deficirens der Bedingung gestellte bedingte Entziehung des Stückes, die ademtio legati, in sich, so lange man nicht Stückseite und Stofffeite als Ununterschiedenheit zusammenfaßt.

§. 4.

Diese Auffassung beider Seiten als unverschiedener Einheit würde indeß, in Verbindung mit dem, ohne Willen des Lega-

---

[7]) L. 88. D. de hered. inst. 28. 5. L. 55. D. de legat. I.

[8]) L. 55. D. de legat. I. L. 44. D. de O. et. A. 44. 7.

[9]) So namentlich durch Widerruf in der verschiedensten Weise. Aufzählung der Fälle, bei Thibaut: System d. Pandectenrechts §. 980. 981.

[10]) L. 12. §. 3. D. de teg. I. L. 40. §. 2. L. 87—89. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 27. §. 1. 2. L. 67. D. de hered. inst. 28. 5. L. 91. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

Digitized by Google

tars eintretenden Erwerbe des Legats, die Folge haben, daß das Deficiren der Bedingung sich zu einer Resolution des Erwerbes gestaltete. Es würde, indem die Zuwendung des Legats und die bedingte Ademtion, durch eine und dieselbe Zumessung abgeschlossen worden wären, jede dem Legate hinzugefügte Bedingung sich zur Resolutivbedingung gestalten, so lange Zuwendung und bedingte Ademtion, als gleichzeitig nebeneinander bestehend von einander unterschieden würden. Oder in umgekehrter Weise ausgedrückt: „quod pure datum est, si sub conditione adimatur, quasi sub conditione legatum habetur“ [1]). Die Verrichtung des Eintretens der Bedingung, wäre dann die Abwendung der resolvirenden Wirkung der Ademtion. Das gleichzeitige Nebeneinanderstehen der Zuwendung und der Ademtion, würde aber nur dann mit einander vereinbarlich seyn, wenn jene auf die durch die letztwillige Verfügung abgeschlossene Zumessung des Stückes, diese auf die Aneignung des Stoffes sich bezöge. Allein es wird nicht nur diese Verschiedenheit der Beziehung durch die Vereinigung von Stück und Stoff ausgeschlossen, sondern es führt auch umgekehrt die Scheidung beider von einander dahin, die Ademtion auf das zugemessene Stück zu beziehen, weil eben nur dasjenige wieder hinweggenommen werden kann, was gegeben ist. Daß diese Scheidung, die in jenem Abschlusse der Zumessung mit der letztwilligen Verfügung sich gestaltet, bei den Legaten auf Geltung Anspruch machte, zeigt sich darin, daß es zur Vereitelung ihrer Folgen, welche sie dem mit dem Legate belasteten Erben gegenüber äußern müssen, der regula Catoniana bedurfte. Ohne dieses durch solchen Zweck hervorgerufene Bedürfniß, würde der Grundsatz, den sie aufstellt: „quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret legatum, quandocunque decesserit, non valere“ [2]); schon in

[1]) L. 6. pr. D. quando dies legat. 36. 2.

[2]) L. 1. pr. D. de regula Cat. 34. 7.

Digitized by Google

dem Princip: „quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“ [3]), gegeben seyn. Der Vereinigung des Erwerbes von Stück und Stoff, stellt nemlich bei Legaten der Umstand sich entgegen, daß der letztere ungeachtet der Zumessung des ersteren an den Legatar, dennoch in dem Erbstücke des Erben verbleibt (§. 1. not. 4), sobald man den Abschluß des Erwerbes in die Zumessung setzt. Eine Scheidung beider dahingegen führt dahin, daß der Mangel der Geeignetheit des Legats zur Vermittelung des Stoffaneignens die Wirksamkeit des Legats nicht aufhebt, wenn dieser Mangel nur zur Zeit der Zumessung, nicht aber auch zur Zeit der Eröffnung des Stofferwerbes existirt. Es wird also die Abmessung, welche die Zumessung des Legats dem mit dem Legate belasteten Erbstücke gegenüber hervorruft, wirksam; obgleich zur Zeit ihres Abschlusses sie einen Stoff dieses Erbstückes gar nicht berührte, sofern man nicht zu jener Vereinigung greift. Ihre Folge, die Ungültigkeit des Legats, wird bei unbedingten Legaten durch die gedachte Regel aufrecht erhalten. So wenn der Erblasser einen dem Legatar eigenthümlich zugehörigen oder einen fremden Gegenstand, den zu legiren gesetzlich untersagt ist, legirt [4]), oder ein Legat stiftet, welches in Folge des Verhältnisses des Bedachten zum Erben diesem gegenüber nicht als Legat erworben werden kann, und diese hindernden Umstände hernach hinwegfallen [5]). Diese Vereinigung, welche die Stoffseite an die zugemessene Stückseite

---

[3]) L. 29. L. 201. L. 210. D. de R. J.

[4]) L. 41. §. 1. 2. D. de legat. I. Die Gegenstände, welche absolut extra commercium und daher keiner Werthbestimmung empfänglich sind, werden jenen gleichzustellen seyn: vgl. v. Bangerow: Lehrb. d. Pandectenrechts §. 525. Anm. 1. §. 540. Anm. 1. In L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. 34. 7. findet sich indeß für den Fall des Legats des eignen Gegenstandes des Legatars, ein abweichender Ausspruch.

[5]) So wenn jemand einer Person, die in der Potestas des Erben steht, oder die Potestas über ihn trägt, ein Legat stiftet: L. 89. D. de hered. inst. 28. 5. §. 32. I. de legat. 2. 20. Ulpiani fragm. XXIV. 21—24.

Digitized by Google

heranzieht, schneidet der Wiederabmessungs- oder Ademtionswirkung, von vornherein den Gegenstand ab. Eine Vereinigung durch Abhängigstellung des Stückerwerbes vom Stofferwerbe dahingegen, wandelt zwar diese Wirkung in eine Vereitelung des Erwerbes, läßt ihr aber als Gegenstand nur die causa des Erwerbes übrig. Das Gebiet, in dem jene Wirkung diesen Einfluß behält, ist von der Anwendung der regula Catoniana ausgeschlossen. Es ist neben dem der Erbschaftsstücke, und der Verlassenschaftsstücke die nach dem Erwerbe als caduca dem Erwerber wieder entrissen werden [6]), auch das der bedingten Legate [7]).

§. 5.

Die Zweiung dieser beiden Gebiete erscheint als die Folge einer Entwickelung, die eine Scheidung des Stückes und des

---

Gaj. J. II. 244. Jedoch wurde auch Gültigkeit des Legats, und Untergang in Ermangelung der spätern Auflösung der Potestas behauptet, so für den ersten Fall: Gaj. J. l. c.; und die Gültigkeit angenommen für den Fall, wo demjenigen legirt ist, der die Potestas über den Erben trägt: L. 25. L. 91. pr. D. de legat. I. L. 17 f. D. quando dies legat. 36. 2. §. 33. J. de legat 2. 20. Gaj. J. II. 245; so daß für diesen Fall nur bei Ulp. l. c. eine Anwendung der regula Catoniana übrig bleibt. Sie findet sich übrigens weder in dem einen noch in dem andern dieser Fälle als Ursache der gegebenen Aussprüche genannt.

6) So pflegt man zu verstehen, das: „regula Catoniana ad novas leges non pertinet“: L. 5. D. de reg. Cat. 34. 7., s. v. Vangerow a. a. O. §. 540. not. 4. Ausdrückliche und unwidersprochene Anwendung derselben wird sich aber auch nur nachweisen lassen, in Ansehung eines Senatusconsults, welches das Material von Gebäuden zu legiren verbot: L. 41. §. 1. 2. D. de legat. I. Daß in L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. cit. kein Widerspruch gegen ihre Anwendung enthalten sey, weil von einem bedingten Legate die Rede: s. v. Vangerow a. a. O. §. 525. Anm. 2; ist deshalb sehr bedenklich, weil der Urheber der Stelle, Celsus, eben ein Beispiel des von ihm selber herrührenden Satzes aufstellt: regula Catoniana in quibusdam falsa est: L. 1. pr D. eod.; und er zu den Proculejanern gehört, die zwischen dem unbedingten und dem bedingten Legate hier keinen Unterschied annehmen: Gaj. J. II. 244.

7) L. 3. L. 4. D. de reg. Cat. 34, 7.

Digitized by Google

Stoffes forderte, und sich mit dem Widerstande der ursprünglichen Einheit beider erst vereinte, indem die Richtigkeit der Stückzumessung sich als die causa des Angeeignetseyns eines einheitlichen Stoffstückes gestaltete [1]). Die Unvollkommenheit, welcher diese Einheit durch das Verhältniß des Legats zum Erbstücke bei jenem unterworfen blieb, führte zu der bereits angegebenen Verschiedenheit der Ansichten der Juristen über den Einfluß der Unmöglichkeit der Bedingung (§. 1. not. 1). Sie hielt auch den Raum für die Auffassung offen, daß die Hinzufügung einer Bedingung beim Legate, eine auf den Fall des Deficirens derselben gestellte bedingte Ademtion sey (§. 4. not. 1). Sie findet sich in dem Falle, wo dieser Hinzufügung die Fassung gegeben ist, daß beim Eintreten eines gewissen Umstandes das Legat nicht gegeben seyn solle [2]). Von einer Resolutivbedingung [3]) ist eine solche Ademtion dadurch verschieden, daß sie nicht, gleich dieser, einen abgeschlossenen Stofferwerb wiederum rückgängig macht [4]). Sie ist ihr nur darin gleich, daß das Deficiren einer die Wirksamkeit einer causa [5]) suspendirenden Bedingung einen aufhebenden Einfluß übt, der indeß bei dieser Ademtion nicht den abgeschlossenen Erwerb, sondern vielmehr nur die Vollendung eines Erwerbes zum Gegenstande hat. Im Falle der Unmöglichkeit des Deficirens, ward auch die bedingte Ademtion wirkungslos. Die Wirkungslosigkeit des Legats, die im Falle der Unmöglichkeit des Eintretens der Bedingung eintreten müssen (§. 4), hätte aber eine mit der Stiftung des Legats verbundene

---

[1]) Gerichtssaal IX. 2. S. 424 f. 432 ff. 440.

[2]) L. 10. L. 14. D. de adim. vel transfer. leg. 34. 4. L. 107. f. D. de condit. et demonstr. 35. 1.

[3]) Die von einer bedingten Ademtion zwar unterschieden, aber neben derselben für zulässig bei Legaten gehalten wird, bei v. Wangerow a. a. O. § 434. Anm. I. Zif. 1; wo auch abweichende Ansichten genannt sind.

[4]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 176 ff.

[5]) Aber bei der Resolutivbedingung, der causa einer traditio: ebendas.

unbedingte Ademtion hervorgerufen. Der Widerspruch derselben mit der Stiftung des Legats scheint der Ausgangspunkt des Grundsatzes zu seyn, daß die unmögliche oder unerfüllbare Bedingung für nicht hinzugefügt anzusehen sey [6]), ein Grundsatz, der um gleichen Widerspruches willen ebenfalls bei Erbeneinsetzungen sich geltend gemacht hat [7]), bei Fideicommissen aber ursprünglich nicht gefunden wird [8]), sondern erst dann, als sie [9]) den Legaten gleichgestellt worden [10]).

§. 6.

Die Idee der bedingten Ademtion, welche das Eintreten der Bedingung zu einer Vertheidigung gegen die Ademtion gestaltet, hat indeß dieses Eintreten in solchen Fällen, wo es einer Bewirkung desselben durch den Legatar bedarf, zu einer Erfüllung einer Auflage des Erblassers gestaltet. Der ursprüngliche Ausgangspunkt eines der Stiftung des Legats inwohnenden Vertheidigtseyns der Aneignung des Stoffes desselben erscheint in der persönlichen Klage des Legatars, die dem alten legatum per damnationem [1]), also dem nexum [2]), entsprungen ist. Nachdem dieses Vertheidigtseyn mit dem Untergange der legio actio seine

---

[6]) L. 104. §. 1. D. de legat. I. L. 5. §. 4. D. quando dies legat. 36. 2; mit L. 14. D. de cond. inst. 28. 7.

[7]) L. 16. f. D. de injusto etc. 28. 3. L. 45. D. de hered. inst. 28. 5. L. 1. L. 20. pr. D. de condit. inst. 28. 7. mit L. 8. L. 9. L. 14. L. 20. L. 27. D. eod. L. 3. L. 6. §. 1. D. de cond. et demonstr. 35. 1. §. 10. J. de hered inst 2. 14. L. 5. §. 4. D. quando dies 36. 2.

[8]) Indem selbst die fideicommissarische Freilassung durch unmögliche Bedingung vernichtet wird: L. 61. D. de manum. test. 40. 4. L. 4. §. 1. D. de statu lib. 40. 7.

[9]) L. 2. C. comm. de leg. 6. 43.

[10]) Und nun auch bei fideicommissarischer Freilassung: §. 10. J. de hered. inst. 2. 14.

[1]) §. 7. J. de oblig. quae quasi ex contr. 3. 28.

[2]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 131. not. 2.

Digitized by Google

Brauchbarkeit zur Begründung einer Klage verloren hat [3]), findet jene actio ihre Fortdauer vermittelst der Idee eines in dem Erbstückerwerbe liegenden Quasi-Contracts des Erben mit dem Legatar [4]). Es hat aber auch ferner die Mancipationswirkung in Beziehung auf den Stoff sich darin erhalten, daß das jus legati in vindicatione ist, während das jus fideicommissi nur in petitione ruht [5]). In Folge jenes contractlichen Verhältnisses mischt sich der Erfüllung der Auflage des Erblassers eine obligatorische Grundlage bei, die einer Einwirkung der Regel: impossibilium nulla datur obligatio [6]); Raum giebt. Ihre Anwendung auf die Bedingung, tritt hervor, als Herübernahme derselben von der als Verbindlichkeit in der Gestalt des modus auferlegten Erfüllung. Es wird die Behandlung des modus als Bedingung bei Legaten und Fideicommissen, genannt als verbunden mit einer Aufrechterhaltung der Behandlung als modus hinsichtlich der Erfüllung [7]). Jener Einwirkung wird es zugeschrieben werden müssen, daß auch Bedingungen, welche zur Zeit der Stiftung des Legats noch erfüllbar waren, aber späterhin unerfüllbar geworden sind, als erfüllt angesehen werden, sofern der möglich gebliebene Theil derselben in Erfüllung gegangen ist [8]). Es mußte diese Einwirkung, welcher durch die

---

[3]) Indem die auf das defendere gerichtete actio untergeht: ebendas. S. 130 ff. Haimerl's Mag. XVI. S. 392.

[4]) §. 5. J. de oblig. quae quasi ex contr. 3. 23. L. 3. §. 3. L. 4. D. quil. ex caus. in poss. eatur 42. 4.

[5]) Pauli R. S. I. 18.

[6]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 178 f.

[7]) L. 1. C. de his quae sub modo 6. 45. Beispiele der Behandlung des modus als conditio bei Legaten. L. 11. §. 3. D. de annleg. 33. 1. L. 71. §. 1. L. 108. D. de cond. et demonstr. 35. 1., und bei Erbeneinsetzungen: L. 8. § 7 f. D. de cond. inst. 28. 7.

[8]) L. 54. §. 1. D. de legat. I. L. 30. §. 5. D. de legat. III. L. 13. pr. D. de annuis leg. 33. 1. L. 28. pr. L. 31. L. 45. L. 78. pr. D.

Digitized by Google

Entziehbarkeit des Legats bis zum Tode des Erblassers die Bahn gebrochen wurde, auch wiederum dieser Entziehbarkeit den Gegenstand abschneiden, weil sie die Entstehung eines solchen in die Erwerbung des mit dem Legate belasteten Erbschaftsstückes verlegte. In Folge davon wurde die Ademtion des Legats auf eine bloße Willensänderung des Stifters zurückgeführt. Der Grundsatz: quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit; mußte daher in der Zeit vor dem Tode des Erblassers seine Anwendbarkeit verlieren, sofern er nicht durch die regula Catoniana festgehalten wurde (§. 4. not. 2—4). Die Wirkung eines vorhergegangenen datum esse des Legats, nahm nicht früher einen Anfang, als mit dem Tode des Erblassers, und in Beziehung auf bedingte Legate nur in Ansehung des Stückes (§. 1. not. 4 ff.) Die bloße Willenserklärung des Stifters, daß das Legat durch den Wegfall des der Rechtsbeständigkeit desselben entgegenstehenden Hindernisses bedingt seyn solle, schloß die Anwendung der regula Catoniana aus (§. 4. not. 7). Es wurde zum Grundsatze erhoben: „in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones [9]). Es blieb aber die Unwirksamkeit der Hinzufügung unerfüllbarer Bedingungen.

§. 7.

In dieser Entwickelung, gemischt aus Auflösung älterer Rechtsgestaltung und Aggregation der übrig gebliebenen Fragmente derselben [1]), hat sich die Unterscheidung verschiedener

---

de condit. et demonstr. 35. 1. L. 5. §. 5. D. quando dies legat. 36. 2. L. 3. §. 1. L. 20. §. 3. L. 39. §. 3. 4. D. de statu lib. 40. 7. L. 1. C. de his quae sub modo 6. 45.

9) L. 19. pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

1) Weiteres über diese Entwickelung, in dem oben §. 1. not. *). genannten Aufsatze

Digitized by Google

Arten der Unmöglichkeit, undeiner Gradation der Erfüllung gestaltet. Indem auch der Erbe durch die Erfüllung der Bedingung, die eventuelle Zumessung seines Erbstückes an einen andern zu verhindern hat, ist in Ansehung derselben für ihn derselbe Grundsatz zur Geltung gelangt, der bei den Legaten sich entwickelt hat [2]). Mit ihm verbindet sich der Grundsatz, daß die Bedingung, deren Erfüllung durch Willkühr anderer gehindert wird, als erfüllt anzusehen ist, sofern diese solche Personen sind, die ein Interesse dabei haben [3]). Es stellt sich indeß ein zweifaches Interesse an dieser Erfüllung heraus. Es ist die Nichterfüllung dem Interesse desjenigen entsprechend, dem in Folge der Erfüllung ein Erwerb vereitelt seyn, oder eine Leistung obliegen würde. Es ist dahingegen die Erfüllung im Interesse desjenigen, dessen bedingte Berechtigung durch dieselbe eine unbedingte wird, so wie desjenigen, dem die Erfüllung einen Erwerb oder Vortheil zuwendet. Im erstern Falle widerstreitet die Folge des Erfülltseyns der Bedingung auf den Grund der Hinderung, der Absicht, die in der Hinderung der Erfüllung sich ausspricht, während jene Folge im letztern Falle mit dieser Absicht übereinstimmt, indem die Hinderung ihrem Urheber einen Vortheil vereitelt. Sie ist nemlich im letztern Falle eine Zurückweisung eines angebotenen Erwerbes: es sey denn, daß die erste Alternative desselben vorläge, nemlich der Hindernde eine bereits erworbene Berechtigung, so eine suspensiv bedingte Forderung, trüge. Insofern sie aber Zurückweisung eines angebotenen Erwerbes ist, gestaltet sich der fragliche Grundsatz dahin, daß die

---

2) L. 3. L. 11. D. de cond. instit. 28. 7. L. 14. L. 78. pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

3) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 141 f.

Digitized by Google

Hinderung desjenigen als Erfüllung gilt: cujus interest, conditionem impleri [4]). Im erstern Falle dahingegen ist seine Gestaltung die, daß die Hinderung desjenigen als Erfüllung gilt: cujus interest conditionem non impleri [5]). In der ersten Alternative desselben fehlt indeß eine Beziehung zwischen dem, der ein solches Interesse trägt, und dem, der durch die Erfüllung der Bedingung den Erwerb an sich ziehen würde, welche die Selbstständigkeit der Wirksamkeit beider für den Erwerb aufheben und eine Hinderung der fraglichen Art von Seiten des erstern mit jener Folge bekleiden könnte, so zwischen dem Substituten eines bedingt eingesetzten Erben und diesem. Die zweite Alternative des erstern Falles, setzt dahingegen eine bereits eventuell bestehende Obliegenheit zur Leistung voraus, so bei dem unter einer suspensiven Bedingung obligirten Schuldner [6]). Von ihr scheint jener Grundsatz seinen Ausgang genommen zu haben, und auf die zweite Alternative des zweiten Falles übergegangen zu seyn [7]). Daraus nun, daß je nach

---

4) So nach der lect. Flor. der L. 24. D. de cond. et demonstr. 35. 1. V. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. IX, S. 142. not. 62. Es scheint dies dadurch veranlaßt, daß die erste Alternative des ersten Falles, der zweiten des zweiten Falles, oder die Stipulation einer Zuwendung durch Bedingung, welche einer Erbeneinsetzung oder einem Legate beigefügt ist, gleich gestellt worden: Bas. XLIV. 19. §. 4.

5) L. 161. D. de R. I.

6) Von diesem gilt der Grundsatz entschieden: L. 75. §. 7. D. de verb. oblig. 45. 1. L. 50. f. D. de contr. emt. 18. 1. L. 81. §. 1. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 38. D. de statu lib. 40. 7.

7) L. 161. D. de R. I.: „In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem, et ad legata, et ad heredum institutiones perducitur, quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quominus stipulator conditioni pareret. Daß das: perdu-

Digitized by Google

Verschiedenheit der Fälle zwei entgegengesetzte Fassungen jenes Grundsatzes sich bilden, scheint die Variation derselben hervorgegangen zu seyn, die in den Quellentexten sich findet (not. 4. 5.); und es unerkennbar macht, welche Fassung die ursprüngliche ist. Es bleibt aber die Verschiedenheit, daß bei der Fassung: cujus interest conditionem impleri; die Folge des Erfülltseyns als eine vom Hindernden freiwillig herbeigeführte verzichtartige sich darstellt; bei der Fassung cujus interest conditionem non impleri; aber als eine aufgedrungene strafartige. Die erstere Fassung stellt jene Folge dar, als eine Liberation desjenigen, der mit der Erfüllung belastet ist. Die zweite Fassung dahingegen, in welcher der Grundsatz auf den onerirten Erben in Beziehung auf die von dem Honorirten zu erfüllende Bedingung seine Anwendung findet [8]), also in einem Falle in dem die beiden Alternativen des ersten Falles sich mischen; stellt diese Folge dar, als eine Abwehr der Folge fremder Strafwürdigkeit. Geht man demnach von der letztern aus, so wird der Grund, weshalb den Erben und Legataren die Unmöglichkeit der Erfüllung als Erfüllung angerechnet wird, der: daß ihnen Erworbenes nicht verloren gehen soll, sofern sie die Vertheidigung gegen den Verlust geleistet haben, soweit sie möglich geblieben [9]).

§. 8.

Von diesem Standpunkte aus, stellen die Bedingungen dieser Geschäfte sich dar, als eventuell entziehende oder wieder

citur; nicht auf den ursprünglichen Umfang der Anwendung geht, sondern auf eine Herübernahme von den bonae fidei contractus, wird der Fassung der Stelle nach anzunehmen seyn.

8) L. 38. D. de statu lib. 40. 7. L. 3. §. 1. L. 20. §. 3. D. eod.

9) Es ist dann die Fassung: non implere: L. 161. D. de R. J., als die ursprüngliche allgemeinere anzusehen; und die Fassung: impleri: L. 24. D. de condit. et demonstr. 35. 1; nur richtig für den Fall, wo die Erfüllung in einer Leistung an einen Dritten besteht. Sofern L. 24. D. cit. diesen letztern Fall im Auge hat, ist die Lesart der Flor. unrichtig.

Digitized by Google

abmessende Bedingnisse, und diese Geschäfte im Falle der Bedingtheit, als Geschäfte mit Bedingungen [1]), mit nuncupationes oder leges [2]). Sie stehen dann den actus legitimi gleich, welche Bedingungen recipiren, aber wieder aufgehoben werden durch adjicirte Bedingungen [3]). Insofern man aber nur die letzteren, die adjicirten, als Bedingungen betrachtet, wozu die Veranlassung durch die Wandelung jener abmessenden Bedingnisse in aufschiebende Bedingungen gegeben ist (§. 2), schwindet der Unterschied zwischen dem Recipiren und dem Adjiciren, und es kehrt sich jene Eigenschaft der actus legitimi um. Sie recipiren nun keine Bedingungen mehr [4]). Diese Gegensätzlichkeit der Auffassung kommt ebenfalls in Varianten der Quellentexte zum Vorschein [5]). Es führt jene Wandelung dahin, das ausdrückliche Hinzusetzen der Bedingung auszuschließen, und wo der Bedingtheit nicht auszuweichen ist, weil sie im Gegenstande ihren Sitz hat, entweder die Wirksamkeit [6]), oder die Vornahme [7]), des der ausdrücklichen Bedingung unempfänglichen Acts zu verschieben. Die Unabweisbarkeit der Unmöglichkeit eines bedingten Daseyns, führt, in Ermangelung des Festhaltens an der Verschiedenheit zwischen Wirklichkeit und Abschluß des Geschäfts einerseits, und Wirksamkeit und Abwickelung desselben

---

[1]) Haimerl's Mag. XIV. S. 329.

[2]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 126. Gaj. J. II. 104. 224.

[3]) L. 77. D. de R. J. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 134 f.

[4]) Es muß dann in L. 77. D. de R. J. mit der Vulg. gelesen werden: „Actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem."

[5]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 126.

[6]) So bei der acceptilatio über eine bedingte Forderung: L. 77. D. de R. J.

[7]) So bei der hereditatis aditio: ob. §. 3. not. 1 ff., die ebenfalls zu den actus legitimi gezählt wird: L. 77. D. de R. J.

Digitized by Google

andererseits [8]); bei dem Gebrauche von Bedingungen zu einer verschwimmenden Doppelseitigkeit von ungültigem Daseyn, und gültiger, die Alternative von Daseyn und Nichtdaseyn [9]) in sich tragender Bedingtheit. Es bleibt ein Merkmal der Abscheidung des erstern, nur in dem der Bewegung des Geschäftsschlusses sich mittheilenden expressum, nemlich dem Ausgedrücktseyn der Bedingung in demselben, welches mit dem receptum, dem Aufgenommenseyn der Bedingung, vertauscht, die Ungültigkeit des bedingten Daseyns zu einer Unzulässigkeit des receptum gestaltet [10]).

§. 9.

Indem in dieser Weise, der Druck der recipirten Bedingungen; ohne ein Festhalten ihrer Verschiedenheit von den adjicirten, sich fortsetzt, erzeugt er unter der Herrschaft des Willens des Disponenten, die Unterscheidung solcher Bedingungen, welche hinzugefügt werden: ut conditioni pareatur [1]). Insofern man solche Bedingungen nach einem von ihrer Verrichtung entnommenen Merkmale unterscheiden wollte, würden ihnen diejenigen angehören, die dem begründeten Erwerbe gegenüber zu erfüllen sind, um die entziehende Abmessung seines Gegenstandes abzuwenden. Das Bedingende ist hier nicht ein zufälliger Erfolg, sondern eine rechtsgewahrende Erfüllung der Bedingungsvorschrift. Vom Standpunkte der Erfüllbarkeit dahingegen, tritt ein anderes objectives Merkmal einer durch Thätigkeit der honorirten Person zu erfüllenden Bedingung hervor, in der conditio non promiscua, derjenigen, deren Erfüllung keinen Hindernissen

---

[8]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 111 ff. XV. S. 130 f.

[9]) Ebendas. N. F. IX. S. 126. not. 31.

[10]) Statt des: recipere; setzt man ein: non recipere; ob. not. 4.

[1]) L. 8. §. 7. L. 25. L. 26. D. de condit. inst. 28. 7. L. 2. L. 5. D. de condit. et demonstr. 35. 1. L. 5. §. 5. D. de quando dies legat. 36. 2.

Digitized by Google

preisgegeben seyn kann, die durch bloße Willensäußerung nicht entfernt werden; im Gegensatze der solchen Hindernissen preisgegebenen conditio promiscua [2]). Es kann aber auch die letztere, gleich jener, zu dem Zwecke hinzugefügt werden, ut conditioni pareatur [3]). Ihre Eigenthümlichkeit ist nur die, daß sie nicht, gleich der non promiscua, unter allen Umständen der vollständigen Ausführung bedarf, um als erfüllt zu gelten. Sie steht unter dem Grundsatze: „non videtur defectus conditione, si parere conditioni non possit“ [4]). Obgleich nun dieser Grundsatz in einer Reihe von Fällen anerkannt wird, in denen die Erfüllung in einer Leistung an dritte Personen oder einer Unterordnung unter deren Willensbestimmung besteht [5]), so wird doch in einer andern Reihe von gleichen Fällen, diesem Grundsatze keine Folge gegeben [6]). Für diese Verschiedenartigkeit der Anwendung läßt sich keine andere Ursache auffinden, als die An-

---

[2]) L. 11. §. 1. D. de condit. et demonstr. 35. 1.

[3]) L. 11. §. 1. D. cit.

[4]) L. 8. §. 7. D. de cond. inst. 28. 7. L. 78. pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 5. §. 5. D. quando dies leg. 36. 2.

[5]) Solcher Art sind die Fälle, von denen die oben §. 6. not. 8. §. 7. not. 2; angeführten Zeugnisse reden, wiewohl die Leistung an dritte Personen, zuweilen nur in einer Fürsorge für dieselben besteht; so: L. 30. §. 5. D. de legat. III. L. 13. pr. D. de annuis legat. 33. 1.

[6]) L. 31. L. 94. pr. L. 101. pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 4. C. de cond. insert. 6. 46. L. 23. §. 2. D. de lege Aquil. 9. 2. Der Umstand, daß hier eine Erklärung der Bereitwilligkeit des Honorirten zur Erfüllung gemangelt, vermag keinen Einklang dieser Aussprüche mit den vorhin berührten (wie v. Bangerow a. a. O. §. 455. Anm. 2. Zif. 2. a. e. es will) herzustellen, weil nie eine solche Erklärung gefordert wird, sondern nur die Bereitschaft, nemlich das Daseyn des zur Erfüllung zu verwendenden Vermögens des Honorirten: L. 94. pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 20. §. 3. D. de statu lib. 40. 7.

Digitized by Google

ſicht, daß in dieſen letzteren Fällen der Wille des Disponenten geweſen, daß der Zweck der erfüllenden Leiſtung erreicht worden und er eben davon die Wirkſamkeit ſeiner Verfügung abhängig, gemacht [7]). Es wird endlich zur Erfüllung einer Bedingung, die einer letztwilligen Anordnung hinzugefügt worden: ut conditioni pareatur; gefordert, daß dieſelbe nach dem Tode des Disponenten geſchehe [8]), indem ſie mit dem Bewußtſeyn der Erfüllung ausgeführt werden muß [9]), und erſt nach dem Tode des Disponenten die Kunde von deſſen Willen vorhanden iſt, welche die Richtung der Erfüllung auf eine ſolche Folgeleiſtung ermöglicht. Es kann dahingegen die Bedingung einer letztwilligen Verfügung, welche die Verwirklichung eines Zweckes des Disponenten erfordert, auch nach deren Hinzufügung ſchon bei deſſen Lebzeiten erfüllt werden [10]).

§. 10.

Es wird aber dieſe Erfüllung, weder in dem einen noch in dem andern Falle, als Rechtserwerb, ſondern als ein thatſächlicher Vorgang, behandelt, der auch von ſolchen herbeigeführt werden kann, denen die ſelbſtändige Erwerbsfähigkeit mangelt, wie Pupillen, Hausſöhne und Sclaven [1]). Es wird auch die Nothwendigkeit der Erfüllung, nicht als eine Obligation gegen diejenigen angeſehen, in deren Intereſſe ſie angeordnet iſt, und deren Verzicht darauf nicht als Erfüllung, ſondern als Herbei-

---

7) S. L. §. 2. ult. D. de donat. 39. 5.

8) L. 2. L. 11. §. 1. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

9) L. 2. D. cit.

10) L. 10. pr. L. 19. pr. L. 91. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

1) L. 25. L. 26. D. de cond inst. 28. 7. L. 5. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

Digitized by Google

führung der Unmöglichkeit derselben behandelt [2]). Es wird endlich auch bei solchen Bedingungen, deren Erfüllung nicht von dem Willen, beziehungsweise dem Leben einer dritten Person abhängt, sondern von der Fortdauer der physischen Kraft des Honorirten oder von Einrichtungen, deren Fortdauer keiner Sonderwillkühr preisgegeben erscheint (so bei der Bedingung: si Capitolium ascenderit), der Grundsatz angewendet, daß die Erfüllung des möglichen Theils derselben als vollständige Erfüllung gelte [3]). Es wird aber auch andererseits ein Erforderniß der Erfüllung, daß derjenige, dem sie auferlegt ist, die Erscheinung eines Mangels des Willens zu derselben meidet. Die Bedingung wird daher eine nicht erfüllte, wenn er die der Vereitelung preisgegebene Erfüllung willkührlich verschiebt [4]).

---

[2]) L. 45. D. de cond. et demonstr. 35. 1; u. ob. §. 7. not. 6 ff.

[3]) L. 54. §. 2. D. de legat. I. L. 20. pr. D. de annuis leg. 33. 1. L. 13. §. 1. L. 18. §. 2. D. de alim. leg. 34. 1. L. 1. pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 1. C. de legat. 6. 37.

[4]) L. 29. D. de cond. et demonstr. 35. 1: „Haec conditio, si in Capitolium ascenderit, sic recipienda est, cum primum potuerit Capitolium ascendere.“ Eine solche Bedingung ist aber keine potestativa. Die potestativa, die, welche keiner Vereitelung preisgegeben, oder in arbitrio desjenigen ist, dem sie auferlegt, erzeugt eine Bedingtheit weder bei Erbeneinsetzungen: L. 1. §. 8. D. si quis ommissa causa 29. 4; als bei Legaten: L. 5. §. 2. D. quando dies legat. 36. 2. Allein es wird auch die Bedingung, bei der keine Wahrscheinlichkeit der Vereitelung hervortritt, als eine solche potestativa behandelt, welche auch dem filius suus auferlegt werden kann, und indem das bloße Verschieben der Erfüllung, noch kein nolle des Erwerbes involvirt (ob. §. 1. not. 10. 11), führt dasselbe die Folge der Nichterfüllung auch so lange noch nicht herbei, als noch eine Erfüllung möglich ist: L. 4. §. 1. 2. D. de hered. inst. 28. 5. Diese Verschiedenheit in der Erfüllung des filius suus von der des Legatars, auf alle Erbeneinsetzungen zu erstrecken (so: v. Bangerow a. a. O. §. 435. Anm. 1. Ziff. 3), scheint ohne Grund.

Digitized by Google

Es wird ebenso, wie zur Abwendung der mora [5]), zur Erfüllung dieser Bedingungen gefordert: quod per eum, cujus interest conditionem impleri, non stat, quominus impleatur [6]). Die Bedeutung der Bedingungen in dieser Entwickelung, ist die einer Willensbestimmung des Urhebers einer Zuwendung, welche die Stätigkeit der Zuwendung von der Erscheinung der Uebereinstimmung des Willens des Honorirten mit ihr abhängig stellt. Sie erzeugt aber diese Abhängigkeit nur dann, wenn dieselbe nicht die Folge hat, daß die Zuwendung sofort bei der Stiftung derselben durch diese selber wieder aufgehoben erscheint (§. 5. nach not. 5). Es wird jene Stätigkeit der Zuwendung durch die Bedingung bis zu deren Erfüllung verschoben (§. 1. not. 4 ff.) Indem aber der Wille des Disponenten, der Bedingung diesen Einfluß verleiht, vermag er ihn ihr auch zu entziehen. Wenn er ihre Erfüllung heischt, ohne von derselben jene Stätigkeit in Abhängigkeit zu stellen, wird sie ein modus; und zwar eine Weise des Stofferwerbenseyns, während sie als Bedingung ein modus oder eine Weise des Stückerwerbenseyns und der Stofferwerbung ist.. Der modus ist eventuell adimirendes Bedingniß, oder lex [7]), in Ansehung des Stofferwerbes, ebenso wie die conditio es in Ansehung des Stückerwerbes ist, und eben nur im Hervortreten des Stofferwerbes eine aufschiebende conditio wird (§. 1. not. 5 ff. §. 2 ff.). In der Doppelseitigkeit der Stückseite und Stoffseite, deren Verbindung ihre Unterscheidung trübt, stellt sich der modus dar, als die Gestalt einer, in Folge eines Erwerbes in Gemäß-

---

[5]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XV. S. 129. not. 7.

[6]) L. 5. §. 5. D. quando dies legat. 36. 2. L. 1. C. de his quae sub modo 6. 45.

[7]) L. 2. L. 3. L. 8. C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. L. 1. C. de donat. quae sub modo 8. 55.

Digitized by Google

heit des Zweckes des Stifters desselben zur erfüllenden Gegenleistung [8]). Insofern die Gestaltung des erworbenen Gegenstandes, von der Stiftung des Erwerbes ihren Ausgang nimmt, wird der modus eine Beschaffenheit dieses Gegenstandes [9]), und bei zweiseitigen Geschäften bekleidet diejenige Gegenleistung, die einem Dritten gegenüber zu erfüllen ist, sich mit der Gestalt eines bedingenden modus, auch ohne so genannt zu seyn [10]). Der modus, wie die conditio, scheidet von einer solchen Gegenleistung sich dadurch, daß der Anspruch auf Erfüllung nicht zu einem mit dem gestifteten Erwerbe ausgetauschten Werthstücke gestaltet wird. Bei solchen Erwerbstiftungen, die ihrer Gestaltung nach ohne Gegenleistung sind, bei denen diese also nur in der Gestalt des modus Eingang finden kann, wird dann, wenn ein solcher dem Stifter die Trägerschaft des Anspruchs auf Erfüllung zuwendet, dieser modus mit der Verrichtung einer die Stätigkeit des Erwerbes aufhebenden bedingend wirkenden Gegenleistung bekleidet. Es tritt dies bei Schenkungen ein, wo er, wenn er bedingend hinzugefügt, als resolvirendes pactum wirkt [11]), und sofern durch rei datio das Geschäft in einen Realcontract übergangen, eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung erzeugt [12]). Insofern dahingegen bei letztwilligen Verfügungen, seine Wirksamkeit nicht durch Wandelung in eine Bedingung aufrecht gehalten wird, kann sie durch

---

[8]) L. 17. §. 4. L. 80. D. de condit. et demonstr. 35. 1. L. 2. §. ult. D. de donat. 39. 5. L. 2. C. de his quae sub modo 6. 45; u. die Allegate ob. not. 7.

[9]) So bei Servituten: m. Identität u. s. w. S. 99 f. not. 56; und Obligationen: L. 44. §. 3. D. de oblig. et act. 44. 7.

[10]) L. 41. pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 52. §. 8. D. locati 19. 2.

[11]) L. 1. L. 2. §. 7. D. de donat. 39. 5

[12]) L. 3. C. de contr. emt. 4. 38. L. 9. C. de donat. 8. 54.

Digitized by Google

eine cautio vermittelt werden [13]), oder sie bleibt abhängig von einem richterlichen Einschreiten [14]). Andererseits führt die Anwendung jener Regel: impossibilium nulla datur obligatio (§. 6. not. 6.); auf die Erfüllung der Bedingungen, zu einer Unterscheidung derselben je nach Verschiedenheit der Abhängigkeit der Erfüllung von hindernden Umständen, in eine casualis, eine potestativa (not. 4), und eine mixta (promiscua: §. 9. not. 2); welche zum Anhaltpunkte dafür dient, das Vollendetseyn des Stofferwerbes des bedingt Honorirten zu erkennen [15]), während die möglichen Eventualitäten desselben bei der Beschaffenheit der Bedingungen unbestimmbar bleiben.

---

[13]) L. 80. D. de cond. et demonstr. 35. 1; vgl. L. 58. §. 2. D. locati 19. 2.

[14]) L. 17. §. 2. L. 44. D. de manum. test. 40. 4. L. 2. C. de his quae sub modo 6. 45.

[15]) L. un. §. 7. C. de caduc. toll. 6. 51.

Digitized by Google

V.

Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Von

Herrn Dr. Hermann Bischof.

(Fortsetzung der Abh. V im vorigen Hefte) [1].

Drittes Capitel.

Verhältniß des Richters zu dem objectiven Begriffe der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

„An hoc dicis, Appi, Aemilia lege populum teneri, te unum exlegem esse?“

Livius. IX. 34.

Vorbemerkung.

In dem die Verfassung des Staates festsetzt, daß allgemeine landesherrliche Normen trotz des formellen Widerspruchs gegen einzelne Bestimmungen der Verfassung so lange als verfassungsmäßig, somit

[1] Der Verf. glaubte, dem Redact. dieser Zeitschrift schon deßhalb eine weitere Ausführung der im II. Kap. begründeten Entscheidung der Controverse

als zu Recht bestehend und verbindlich betrachtet werden müssen, bis die Norm durch den Landesherrn selbst wieder außer Kraft gesetzt wird: erklärt sie selbstverständlich zugleich, daß auch die Richter nach jenen Normen Recht zu sprechen haben. Was für die Unterthanen Rechtens ist, behält den Character des Rechtmäßigen auch vor dem Tribunal des Richters. Die Pflicht des Letzteren besteht vielmehr blos darin, daß er die Existenz des verfassungsmäßigen Merkmals der Verfassungsmäßigkeit allgemeiner landesherrlicher Normen untersuche. Der Justizbeamte hat demnach, ehe er eine Norm anwendet, zu prüfen, ob dieselbe in der That vom Landesherrn erlassen worden sei und mit dessen Willen überein-

---

vorlegen zu müssen, weil so eben R. v. Mohl, in seinem Werke: „Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik" (Tüb. 1860) den gegenwärtigen Standpunkt der Doctrin als einen noch immer mangelhaften u. unsicheren bezeichnet, so daß bei der großen u. vielseitigen praktischen Wichtigkeit der Fragen unzweifelhaft jeder neue Beitrag berechtigt sei; doppelt wenn er einen der noch weniger behandelten Punkte aufnehme (a. a. O., S. 72). Herr v. Mohl selbst behandelt seine Gegner freilig weniger belehrend, als unglimpflich, indem er sich begnügt, die Beweisführung des Herrn v. Linde als eine den elementarsten Begriffen ees constitut. „Staatsrechts widersprechende", die der H. H. Räthe u. Prof. Mittermaier u. Zöpfl als eine solche zurückzuweisen, deren Unhaltbarkeit und Verkehrtheit auch selbst ziemlich blödem Denkvermögen einleuchte. Meine Ausführung im vorigen Hefte der Zeitschr. f. C. u. P. hatte v. Mohl bei Niederschreibung seines Urtheils noch nicht gelesen u. beehrte somit nur meinem in der d. Viertelj.-Schrift (1857, H. 3.) erschienenen Aufsatz „über die Grenzen der provis. Gesetzgebung" mit einer Note. Letztere Note ist übrigens in der That nur gegen Mittermaier u. Zöpfl zerichtet, welche sich darauf beschränkten, das Argument, dessen der Aufsatz der Viertelj.-Schrift (S. 148) in Behandlung einer anderen Hauptfrage nur flüchtig gedachte, als Beweisführung gegen das Prüf.-Recht des Richters geltend zu machen, der gleichen „Blödigkeit" machte sich Prof. Held in seinem Verf.-Rechte schuldig. Ich selbst habe im letzten Hefte dieser Zeitschr. es versucht den Grundgedanken Zöpfls, Mittermaiers u. Helds näher zu erläutern und zu begründen.

Digitized by Google

stimme. Bürge hiefür ist ihm die Contrasignatur des verantwortlichen Ministeriums. Eine Norm, welche der Contrasignatur entbehrt und vielleicht durch eine der beiden Kammern einseitig publicirt worden ist, kann weder den Richter noch sonst Jemanden binden. Die Unterlassung dieser Prüfung der Verfassungsmäßigkeit durch den Richter erscheint als verfassungswidrige Fahrlässigkeit und ist eben so strafbar, wie die Ueberschreitung der Prüfungscompetenz. Während der Justizbeamte in Folge der letzteren Gefahr läuft, eine verfassungsmäßige Norm unangewendet zu lassen; wird er durch handwerksmäßiges und prüfungsloses Verfahren zu der Handhabung von Normen beirrt, welche möglicherweise jeder rechtlichen und verfassungsmäßigen Grundlage entbehren.

Demgemäß hat vor Allem das gegenwärtige Kapitel das Verhältniß zu untersuchen, in welches dem positiv- und allgemeinrechtlichen Begriffe der Verfassungsmäßigkeit gegenüber der Justizbeamte durch die jenseitige Competenzerweiterung verrückt würde. Wir betrachten nicht mehr das Object, sondern das Subject der in Frage stehenden Prüfung, indem wir untersuchen, ob dasselbe in der That durch seine Stellung im Staatsorganismus allgemein- und deutsch-rechtlich auf die ihm von uns vindicirte Prüfungsfunction eingeschränkt werde?

Die Hauptfrage des zweiten Kapitels läßt sich indirekt auch so ausdrücken: Kann nach philosophischen Principien oder nach den Dogmen des heutigen deutschen Rechts der objective Begriff der Verfassungsmäßigkeit dem subjectiven Ermessen des Richters anheim gestellt werden?

> An hoc dicis, Appi, Aemilia lege populum teneri, te unum exlegem esse?
>
> Livius, IX, 34.

A.

Allgemeines Recht.

Stockmar bespricht in §. 10 und 11 seiner Abhandlung [1]) die einschlägige Stellung des Richters zu den gegebenen Rechtsnormen. Derselbe gelangt zu dem Resultate, daß aus der allgemeinen Stellung des Richters zu den Rechtsnormen, welche er handhaben soll, weder eine Bejahung, noch eine Verneinung unserer Hauptfrage [2]) abzuleiten ist. Die Prämissen dieses Schlußsatzes sind in §. 10 eine verwerfende Critik der dießfallsigen Principien Stahls und in §. 11 ein kurzer Nachweis darüber, daß H. A. Zachariä seinen Beweis nicht erbracht habe. Allein wie kann daraus jene Folgerung hervorgehen? Es ist unerklärlich, wie Stockmar einen so hochwichtigen Punkt, auf den bisher die Vertreter beider Ansichten sich energisch gestützt haben, mit einer wahrhaft unglaublichen Leichtfertigkeit behandeln konnte.

Dagegen muß im Einklange mit den größten Publicisten unseres Jahrhunderts die Ansicht vertheidigt werden, daß in keinem Staate der Richter die oben bezeichneten Grenzen der Prüfung überschreiten kann, ohne in die Sphäre des Gesetzgebers einzugreifen [3]), seine Rechte zu usurpiren und dadurch praktisch jenes System durchzuführen, welches unter dem Namen der politischen Gewaltentheilung in der Geschichte der Rechtsphilosophie eine so berüchtigte Stellung einnimmt.

---

[1]) A. a. O. S. 228—234.

[2]) „Ist der Richter befugt, die Giltigkeit von Verordnungen mit Rücksicht auf die verfassungsmäßigen Vorschriften über die Einholung der ständischen Zustimmung zu prüfen?" A. a. O. S. 31.

[3]) „Transformer le calme prétoire judiciaire en bruyant arène politique." (Faider, nouvelle étude, S. 1. Anm. 1.)

Digitized by Google

I.

Philosophisch-rechtliches System der sogenannten Staatsgewalten.

Im vorigen Kapitel wurde bereits die Natur der gesetzgebenden Gewalt und der in allgemeinen Verordnungen sich bethätigenden Regirungsgewalt beleuchtet. Ihnen tritt die jene allgemeinen landesherrlichen Normen durch specielle Anwendung vollziehende Gewalt gegenüber, von der einen Theil die richterliche Gewalt bildet. Letzteres leugnete Montesquieu, allein seine Theorie ist durch die Critik überwunden worden. Trefflich erklärt schon Mevius [1]): „Jurisdictioni dicatum est dicasterium, publicae vero, quae ad reipublicae corpus pertinent, curae regimen. Ut justitia administratur, ejus ministeria sint bene constituta; hoc ad regimen spectat. Sed quomodo in singulis causis jus dicatur, id judiciorum est. Est auditum nunquam, regiminis et dicasterii concurrentem esse jurisdictionem, dum ejus in litibus, quae judiciorum processu aguntur, nulla per superiores est attributa, sed ea judicio applicata actio. Ista confundere est non parum justitiae cursum turbare et impedire.“

Uns interessirt an diesem Orte nur das richtige Verhältniß der richterlichen Gewalt zur gesetzgebenden und verordnenden des Souveräns.

Der Richter hat bereits bestehende allgemeine Normen auf den speciellen streitigen Fall anzuwenden. Erstere aufzustellen ist Sache der Staatsgewalt, ihre Anwendung übernimmt der Justizbeamte. Der Grundsatz nun, welcher von keiner Seite, d. h. weder auf dem Gebiete des allgemeinen Staatsrechts, noch nach positivem deutschem Rechte, Beanstandung findet, lautet folgendermaßen: Der Richter hat über die Rechtsnormen nur ein

[1]) Mevius, IV. Decis. 230. Nr. 6. — Vgl. H. Bischof, Allgem. Staatslehre. Gießen, 1860. S. 113 ff.

„formelles", kein „materielles" Urtheil. Der Sinn dieses Satzes wird klar, wenn man sich erinnert, daß die Giltigkeit einer allgemeinen Rechtsnorm an keine materiellen Bedingungen geknüpft ist, also weder an die innere Rechtmäßigkeit, noch an die äußere Zweckmäßigkeit derselben. Die Prüfung der letztgenannten Attribute oder das „materielle" Urtheil über die allgemeinen Normen ist nur Sache der die Normen erlassenden Gewalt. Würde der Richter eine von der höchsten Staatsgewalt erlassene Norm deßhalb nicht anwenden, weil dieselbe nach seiner subjectiven Ansicht der bestehenden Rechtsordnung oder dem zweckmäßigen Einklang mit äußeren Verhältnissen nicht entspricht, so läge in diesem „materiellen Urtheil" die Anmaßung einer „politischen Function", d. h. der Eingriff in eine dem Richteramte fremde und der höchsten politischen Gewalt im Staate eigenthümlichen Sphäre. Die Begriffe des „materiellen Urtheils" und der „politischen Function" fallen somit zusammen. „Der Richter hat nicht nach dem zu sprechen, was Recht sein sollte, sondern bloß zu beurtheilen, was Rechtens ist. Er muß daher auch solche Rechtsnormen anwenden, von deren innerer Unrechtmäßigkeit er überzeugt ist" [1]). Das materielle Urtheil ist unvereinbar mit dem philosophisch-rechtlichen System der Staatsgewalten, indem der Richter dadurch neben und über die höchste Staatsgewalt gestellt würde. Letztere wäre getheilt zwischen Souverän und Richter. —

„Dagegen gehört das Urtheil über das Dasein, die äußere Rechtmäßigkeit und die Wirkung des Gesetzes zur richterlichen Beurtheilung" [2]). Negativ läßt sich dieß so aussprechen: Jedes richterliche Urtheil über die Rechtsnormen, welches nicht deren äußere Zweckmäßigkeit oder innere Rechtmäßigkeit betrifft, ist ein formelles Urtheil. Letzteres gehört unbedingt zur Compe-

[1]) Schmid, Staatsrecht. § 86.

[2]) Schmid, a. a. O., § 76.

Digitized by Google

tenz des Richters. Der Richter ist lediglich das Organ dieses in formell-legaler Weise ausgesprochenen gesetzgeberischen Willens (des allgemeinen Willens, dem der Einzelwille im Staate sich unbedingt unterwerfen muß) und dieses Gesetz hat er in seinem Kreise als Richter zur Anwendung zu bringen, ohne Rücksicht, ob es gerecht oder ungerecht, zweckmäßig oder unzweckmäßig, dem Wesen eines Gesetzes, wie er es subjectiv denkt, entsprechend ist oder nicht [1]). Wächter, dessen Worte wir so eben mitgetheilt, versteht unter Gesetz jede zu Recht bestehende allgemeine Norm.

Man könnte deßhalb die Grenzen der richterlichen Cognition als die nach Rechtsregeln erkennbaren definiren [2]).

II.

Verhältniß des fraglichen richterlichen Prüfungs-Rechtes der Verfassungsmäßigkeit landesherrl. Gesetze u. Verordnungen zu dem philosophischen Systeme der sogenannten Staatsgewalten.

Die staatliche Hierarchie, deren Bild die vorangehenden Zeilen entwickelten, wird gestört, sobald dem Richter die subjective Prüfung der Verfassungsmäßigkeit contrasignirter landesherrlicher Gesetze und Verordnungen gestattet ist. Der Justizbeamte maßt sich damit ein materielles Urtheil über bestehende Rechtsnormen an und usurpirt dadurch einen Theil der gesetzgebenden u. verordnenden Gewalt, eine politische Function, während seine Stellung ihn auf das Richteramt beschränkt.

---

[1]) Wächter, im Archiv., a. a. O.

[2]) Vgl. Würdigung der Denkschrift, S. 50. Erkenntniß des Obergerichts in Cassel vom 16. Sept. 1850. A. a. O., S. 85.

Digitized by Google

Die deutschen Reichspublicisten erklären ausdrücklich, daß in der Uebung des fraglichen Rechtes durch den Richter eine politische Function enthalten sei, so z. B. Pütter[1]). — „Wollte man, sagt Struben[2]), die Landesgerichte darüber erkennen lassen, ob der Fürst die ihm anvertrauten Hoheitsrechte recht gebrauche, oder ohne Nothwendigkeit und Nutzen des Staates die Unterthanen um das Ihrige bringe, so wäre die höchste Gewalt in der Richter Händen."

Die nämliche Ansicht war schon damals auch in Frankreich im Schwung, rücksichtlich der Berechtigung der Parlamente, welche allerdings etwas weiter ging, als die hier zunächst in Frage stehende. Michel de l'Hopital, ein scharfsinniger Geist und ein tiefrechtlicher Charakter, protestirte energisch gegen diese Einrichtung. Il croyait que les parlaments n'étaient et ne doivent être, que des cours de judicature. Leur prétention, d'être le senat du royaume, l'image et le supplément des états-généraux, lui paraissait non seulement absurde et chimérique, mais contraire aux intérêts de la nation[3])."

Der erste deutsche Schriftsteller, welcher in unserem Jahrhundert zu Gunsten der richterlichen Prüfungs-Competenz auftrat, der bereits erwähnte Anonymus[4]) aus Würtemberg, anerkennt selbst, daß der Richter „hierbei in das rein staatsrechtliche Feld der Organisation der gesetzgebenden Gewalt geräth, und demnach den Obersatz des Schlusses, welchen er bildet, auf einen aus den obersten staatsrechtlichen Principien gezogenen Satz gründen muß."

Auch Mittermaier erblickt in der behaupteten Compe-

---

[1]) Vgl. dessen „historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des deutschen Reiches." 1787. III. 243.

[2]) Nebenstunden. 3. Th. 13. Abh. S. 18. Vergl. dess. Rechtl. Bedenken. u. Postal: de re judiciaria in monarchiis constituta. §. 5.

[3]) Eloge historique de Michel de l'Hopital Chancellier de France. 1778. 8.

[4]) A. a. O., S. 177, vergl. dagegen C. Pfitzer, a. a. O., S. 93. in der Note.

Digitized by Google

tenz die Zueignung einer politischen Function. Er sagt nämlich: Würde man diese Competenz behaupten, so käme man leicht dazu, daß ein einzelner Richter, oft der Bürgermeister eines Orts, wenn ihm in geringen Fällen Competenz zugewiesen ist, über die wichtigsten Verfassungsfragen entscheiden würde [1]). Von dem gleichen Principe ging Behufs Entscheidung der Controverse unter den Practikern namentlich das Großherzoglich Hessische Oberappellations- und Cassations-Gericht zu Darmstadt aus, wie früher [2]), so noch in der jüngsten Zeit [3]). Hiedurch würden die Gerichte, welche nur die bürgerliche und die Strafrechtspflege nach den gegebenen Gesetzen ausüben und nur innerhalb dieses Wirkungskreises für Beobachtung der Verfassung verantwortlich sein sollen, über die verfassungsmäßige Ausübung des Gesetzgebungsrechts selbst zu erkennen berufen und ihnen hiermit eine politische Attribution beigelegt sein, die kein Gesetz ihnen giebt, und die auch den einzelnen Civil- und Straf-Gerichten im Staate vermöge ihrer Stellung nicht überlassen sein kann [4]). In allen Fällen, sagt die Jenaer Facultät [5]), wo eine Meinungsverschiedenheit zwischen den verschiedenen Stellen einträte, würde die Meinung des untergeordneten Beamten, weil er die Vollziehung versagen dürfte, vorgehen und die Staatsgewalt sich gehemmt finden.

Wie überhaupt die ganze Controverse zur Zeit der kurhessischen Wirren großes Aufsehen machte, so setzte namentlich die Frage, ob mit dieser Competenz dem Richter eine politische

---

[1]) A. a. O. S. 312.

[2]) Vgl. Urtheil des prov. Cassationshofes v. 19. Juli 1830. Archiv merkwürdiger Rechtsfälle. III. 116., Urtheil v. 2. Febr. 1833. (Röllner, a. a. O. S. 521.)

[3]) Urtheil v. 18. April 1853. (U. Sp. gegen Müller Melchiors zu Mainz. (Röllner, S. 524.)

[4]) Röllner, a. a. O., S. 521.

[5]) A. a. O., S. 118.

Digitized by Google

Function übertragen werde, die Theoretiker und Praktiker in lebendige Aufregung.

Die Kurhessische Denkschrift nennt die Gerichtsbeamten rücksichtlich ihrer bekannten Stellung i. J. 1850 „die sich über die Gesetze gleichsam als einen Theil der gesetzgebenden Gewalt gerirende Classe der Gerichtsbeamten“ [1]). Letzteren wurde in gleichem Sinne von Manchen der Titel einer „Beamten-Republik“ [2]) zugetheilt. Martin sagt, der Richter würde „wie eine höhere staatsmännische Behörde die Staatsgewalt reformiren [3]). Dann würde nicht mehr von Souveränität der Staatsgewalt, überhaupt nicht mehr von Staatsgewalt in der Hand der Landesregirung, sondern nur noch von Souveränität des Civilrichters, von Staatsgewalt in seiner Hand die Rede sein können [4]).

Bekanntlich schickte das kurhessische Oberappellationsgericht eine Deputation an den Landesfürsten, um diesen auf den Widerspruch zwischen der die richterliche Selbstständigkeit verletzenden Verordnung vom 28. Sept. und dem in der Verfassungs-Urkunde ausdrücklich bestätigten Edict vom 26. Nov. 1743 aufmerksam zu machen. Allein der Souverän erklärte im Sinne obiger Entwickelung mit vollem Rechte, er müsse jede die landesherrliche Autorität beschränkende Thätigkeit zurückweisen; und es könnte, wenn die Gerichte sich dagegen auf ihre Pflicht, Recht und Gesetz zu wahren, berufen wollten, solches nicht geduldet werden, weil alsdann ja die Gerichte befehlen würden. — Pfeiffer, welcher übrigens jenen Schritt des Oberappellationsgerichts „aus den mehrern dabei gedenkbaren Auffassungspunkten nicht allseitig als der strengen Richterwürde angemessen“ erachtet [5]), erblickt in der erwähnten landesherrlichen Beschwerde den „betrübenden Nachklang einer

[1]) A. a. O., S. 99. Vergl. a. S. 133. lin. 3—6. v. o. u. S. 134.
[2]) Vergl. Pfaff, a. a. O., S. 98.
[3]) A. a. O., S. 63.
[4]) Martin, a. a. O., S. 64.
[5]) Die Selbstständigkeit des Richteramtes. S. 343.

Digitized by Google

schon i. J. 1838 vernommenen Aeußerung: vor dem gegenwärtigen Jahrzehent hätten die Grundsätze des Oberappellationsgerichts mehr ihrem wissenschaftlichen Fundamente anheim gegeben werden können; die neuere Zeit aber müsse das unverkennbare Interesse des Regenten, daß nicht die Justiz den Staat beherrsche, besonders erhöhen" [1]).

Die nämliche Ueberzeugung sprach Kurfürst Wilhelm in seiner Proklamation vom 28. Oct. 1850 aus [2]). „Wir würden unsern von Gott überkommenen landesherrlichen Verpflichtungen untreu werden, wenn wir dulden wollten, daß willkührlich aufgestellte Ansichten unserer Staatsdiener den Gang unserer Regirung bestimmen sollten und neben und über der uns aus ererbten Rechten kraft Verfassung unseres Landes zustehenden von Gott uns anvertrauten Gewalt eine andere in den Dienern des Staates liegende Macht in scheinbar gesetzlicher Weise sich geltend machen dürfte."

Auch Herr v. Manteuffel nannte in seiner am 8. Jan. 1850 in der ersten Kammer gehaltenen Rede den Kampf in Kurhessen eine „Revolution in Schlafrock und Pantoffeln" [3]). — Reflectirt man auf das gesunde Rechtsgefühl, verbunden mit unbefangenem Urtheil, so dürfte dasselbe zu keinem andern, als zu dem Resultate kommen, daß die damalige Haltung der kurhessischen Gerichte die persönl. Ueberzeugung der Richter ehrte, aber mit der Vers. selbst nicht übereinstimmte. Einen Beweis hiefür lieferte zur Zeit der kurhessischen Revolution das „sprachlose Erstaunen des Bauernstandes darüber, daß nicht mehr Einer befiehlt und die Andern gehorchen, sondern Alle befehlen und Keiner mehr gehorchen will" [4]).

---

[1]) A. a. O., S. 343, Note 53.

[2]) Vergl. Augsburger Allg. Zeitg. Nr. 307. S. 4092.

[3]) Vergl. Stahl, a. a. O., S. 677. Anmerkg.

[4]) Vergl. Martin, a. a. O., S. 13. Note 3. und die Rechtl. Beleucht. der Septbr. Verordngn. S. 19. Anmerkg.

Digitized by Google

Die Begründung unseres Satzes möge mit dem Excerpte aus dem Vertrag beginnen, welchen v. Linde als Mitglied der Commission für die kurhessische Angelegenheit in der Bundesversammlung entwickelte. Inwiefern darin zugleich die Ansicht der Letztern ausgesprochen ist, begründet die folgende Abtheilung (Gemeines Recht). Herr v. Linde sprach sich nämlich so aus [1]):

Wenn diejenigen, welche durch Amt und Pflicht berufen sind, um als Organe der Regirung die Ausführung verfassungs- und gesetzmäßiger Maaßregeln, auch bei außerordentlichen Begebenheiten die ernstlich bedrohte öffentliche Ordnung zu handhaben, sich für berechtigt erklären, die Functionen, welche sie im Namen des Staats-Oberhauptes auszuüben und die sie in dessen alleinigem Auftrage überkommen haben, entweder zu sistiren oder geradezu gegen jene Maßregel zu richten, unter der Anmaßung einer Berechtigung zu einer Prüfung, die verfassungsmäßig und besonders bei so außerordentlichen Begebenheiten sogar ausschließlich nur der obersten Behörde in Staatsangelegenheiten, aber selbst dieser nicht mit der Befugniß zur Widersetzlichkeit zustehen kann: — dann sind alle Bande eines geregelten Staatsorganismus gelöst. Bei keiner Regirungsform, und also auch nicht bei der in den deutschen Bundesstaaten grundgesetzlich bestehenden monarchischen, darf die Regirung in ihrem Organismus eine solche Emancipation und Opposition ihrer untergebenen Organe aufkommen lassen. Weder das monarchische Princip, noch die Ministerverantwortlichkeit, noch das Recht der Landstände, die Minister in Anklagestand zu versetzen, behält einen vernünftigen Sinn oder wahre Bedeutung, wo die Diener — selbst die Executivgewalt — für berechtigt gehalten würden, sich den Befehlen der für ihre Anordnungen verfassungsmäßig verantwortlichen Vorgesetzten zu widersetzen und dennoch im Dienste sich geschützt zu wissen.

[1]) Vergl. Gräfe, a. a. O., S., 155.

Digitized by Google

Diese Begründung scheint uns aber nicht ganz genügend bewiesen zu haben, daß in der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit contrasignirter landesherrlicher Gesetze und Verordnungen eine politische Function als die Anmaßung eines Theils der gesetzgebenden und regirenden Gewalt enthalten sei. v. Linde faßt die Sache hauptsächlich bloß vom praktischen Standpunkte auf; er weiß, daß ein bellum omnium contra omnes die unvermeidliche Folge jener Prüfung wäre.

Das Heidelberger Gutachten bemerkt zwar gegen diese Form des Einwandes mit Recht. Es könne hier an sich nicht darauf ankommen, ob eine gewisse Institution das Regiren erleichtert oder erschwert, sondern es handle sich hier vom rechtlichen Standpunkte aus nur um die Beantwortung der Frage, ob eben die kurhessische Verfassung eine so unbequeme Einrichtung wie das Recht oder die Pflicht der untern Diener, auch die Verfassungsmäßigkeit des Inhalts der contrasignirten Verordnungen zu prüfen und, sofern sie dieselbe für verfassungswidrig halte, ihre Vollziehung zu verweigern, — enthalte oder nicht [1])? Das Gutachten vergißt aber, daß jene „Erschwerung" nicht etwa bloß einem praktischen Zweckmäßigkeitsgrunde widerspricht, sondern vielmehr einem positiven Rechtssatze und zwar dem obersten jeder deutschen Verfassungs-Urkunde, nämlich dem monarchischen Principe [2]). Inwiefern? — hat Herr v. Linde

---

1) A. a. O., S. 108.

2) Herr von Mohl heißt es freilich, mit Bezugnahme auf den Verf. dieser Abh., eine sittlich u. wissenschaftlich auf das Schärfste zu rügende Unart (Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik. I. S. 83. Note), wenn auf dem Gebiete des pos. deutschen Staats- u. Bundes-Rechts eine Ansicht dadurch widerlegt werden soll, daß ihr Widerspruch mit dem in den Bundes- u. Landes-Grundgesetzen sanctionirten monarchischen Princip betont wird. Ein derartiger Vorwurf erklärt sich nur dadurch, daß Herr v. Mohl das parlamentarische System für vereinbar mit dem monarch. Principe erklärt (Gesch. und System der Staatswissenschaften. 1855. 1, S. 289). Das parlament. System aber definirt v. Mohl als Regirungsweise im Sinne der Volksvertretung, welche existire,

Digitized by Google

allerdings nicht begründet, weil eine ausführliche wissenschaftliche Erörterung durch die Umstände, unter welchen jener verdiente Staatsmann das Gutachten abgab, nicht gestattet war.

So gelang es den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht schon verschiedene Versuche zu Entkräftung der Einrede zu begründen. Die Form, in welcher unser Gedanke bekämpft wurde, bestand regelmäßig in dem Vorwurfe, daß der Richter in Beansprechung der fraglichen Competenz Regirungsrechte usurpire. Prüft man die Einwendungen der Gegner, so ergiebt sich, daß mit Ausnahme Weniger die überwiegende Mehrzahl das Gebiet der nackten Behauptung nicht überschritten hat. Jene Wenigen aber, welche einen wirklichen Beweis zu führen versuchten, haben gerade durch ihre Argumentationen die Wahrheit des alten Satzes bewiesen, daß alle Scheingründe, welche für eine irrthümliche Ansicht geltend gemacht werden, nur geeignet sind, die innere Unhaltbarkeit der letzteren selbst in's klarste Licht zu setzen. Uebrigens geben manche von unsern Gegnern die Richtigkeit des fraglichen Einwandes zu. So sagt der ungenannte Verfasser jener „Würdigung der Denkschrift der kurfürstl.-hessischen Staatsregirung" mit dürren Worten: „Die Gerichte haben in den Grenzen ihrer Zuständigkeit gesprochen, wie sie es vor Gott und ihrem Gewissen zu verantworten gedenken. Wenn das Ministerium ihnen grollt, so wiegt das nicht schwerer, als der Groll einer Partei, die durch Rechtsspruch unterlegen ist" [1]).

---

wenn immer die Häupter der jeweil. Mehrheit der Versammlung in den Rath des Fürsten gerufen und also die Staatsangelegenheiten von ihnen geleitet werden [a. a. O., S. 289]. Dabei trete zwar die Person des Fürsten „mehr in den Hintergrund"; allein ein „subjectives Gefühl" könne gegen den allgemeinen Nutzen nicht in Betracht kommen. — Ich gestehe, daß ich den Einklang dieser v. Mohl'schen Definition des monarch. Princips mit der in der B. G. Ges. enthaltenen nicht entdecken kann. Vgl. die Wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820. Art. 57.

[1]) A. a. O., S. 56.

Digitized by Google

Ja, Dr. Gräfe [1]) heißt ausdrücklich den Beschluß der fünf kurhessischen Obergerichte und des Ober-Appellationsgerichts (über die Giltigkeit der Verordnung v. Sept.) „weder ein gerichtliches Erkenntniß [2]), noch für die Oeffentlichkeit bestimmt. Er hatte für jeden der betreffenden Gerichtshöfe nur die Bedeutung einer Verständigung unter den Mitgliedern über das der Verordnung vom 4. Sept. gegenüber einzuhaltende Verfahren. Aber in der Sache selbst und für die übrigen Beamten erhielt er natürlich moralisch die volle Bedeutung eines richterlichen Spruches!" Der Erfolg bestätigte diesen Ausspruch. Unseres Wissens war der Stadtrath in der Residenz die Behörde, die sich am letzten fügte. Nach der Erklärung des O.-A.-Gerichts war der Widerstand fast überall aufgegeben worden [3]).

Versuchen wir es den eigenen Beweis an die Widerlegung der Gegner zu knüpfen.

III.

Widerlegung der Ansichten von

a) C. S. Zachariä u. dem Gutachten der Tüb. J.-F.

C. S. Zachariä erklärt: „Indem der Richter über die Rechtsgiltigkeit einer Verordnung entscheidet, stellt er sich keineswegs über den Gesetzgeber oder neben denselben, urtheilt er keineswegs sine lege. Sondern er entscheidet nur über die Thatsache, ob die Verordnung den Bedingungen entspreche, von welchen ihre Giltigkeit den bestehenden (also den positiven) Gesetzen nach abhängt" [4]). Zachariä leugnet demnach blos, daß die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer contraf. Verordnung die Natur einer polit. Function habe. Zunächst

---

[1]) A. a. O., S. 51.
[2]) Ebendas.
[3]) Gräfe, a. a. O., S. 284.
[4]) A. a. O., S. 169.

Digitized by Google

fällt auf, daß der zweite Satz nur die positive Formulirung der im ersten Satze negativ ausgedrückten Behauptung ist. Das wäre eben zu beweisen, daß der Richter, indem er über die erwähnte Thatsache urtheilt, sich nicht neben den Gesetzgeber stellt. Zachariä ließ sich verführen, durch die Identifizirung des sine lege Urtheilenden mit demjenigen, der sich neben oder über den Gesetzgeber stellt. Der Richter urtheilt ja über die Erfüllung von Bedingungen, von welchen die Giltigkeit der Rechtsnorm nach den bestehenden, also den positiven Gesetzen abhängt. Ergo urtheilt er nicht sine lege und stellt sich somit nicht neben oder über den Gesetzgeber. Allein diese Argumentation leidet an groben Verstößen gegen Jurisprudenz und Logik. Der Obersatz ist falsch. Wer sine lege, d. h. ohne geschriebenes Gesetz, urtheilt, macht sich dadurch nicht zum Gesetzgeber: man denke an das Recht der Gewohnheit, des Gerichtsgebrauchs und der Wissenschaft.

Die Tübinger Juristen-Facultät drückt den nämlichen Gedanken Zachariä's klarer und bestimmter so aus:

„Auch die Prüfung einer Verordnung aus dem verfassungsmäßigen Standpunkte ist eine Subsumtion unter das Gesetz, nämlich unter das Verfassungsgesetz, und, wenn der Richter, wie er schuldig ist, diese vornimmt und in dessen Folge eine Verfügung, die nicht Gesetz ist, als Nichtgesetz betrachtet, maßt er sich keine Souveränität an, sondern er hält im Gegentheile diese in ihrem wichtigsten Rechte, dem der Gesetzgebung aufrecht [1])."

Der Grundirrthum der Einrede liegt aber darin!

C. S. Zachariä und das Tübinger Gutachten gehen von der bloßen und unbewiesenen Hypothese aus, daß ein Gesetz, welches seiner Natur nach der ständischen Mitwirkung bedurft hätte — ohne solche unter allen Umständen verfassungswidrig sei. Das

[1]) A. a. O., S. 346.

Verfahren erinnert an die Interpretation des Richters, welcher Jemanden zum Tode verurtheilt, weil er den Angreifenden in der Nothwehr tödtete, ohne den Artikel über die Erlaubtheit der letztern zu betrachten und ausschließlich auf den allgemeinen Satz des Strafgesetzbuchs bedacht: Du sollst nicht tödten, wer tödtet, soll getödtet werden. Wäre jene Voraussetzung richtig und begründet, so könnte allerdings von Souveränitäts-Anmaßung nicht die Rede sein. Erinnern wir uns aber an die aus dem organischen Zusammenhang der Verfassungs-Urkunde sich entwickelnde Construction des Begriffes der Verfassungsmäßigkeit, welche wir im vorigen Kapitel begründet haben, so könnte der Richter unmöglich den Charakter des Verfassungsmäßigen nach dem formellen Kennzeichen sei es der Erwähnung ständischer Mitwirkung, sei es ihrer historischen Constatirung beurtheilen. Nach der Verfassung ist der Souverän befugt, in der einen jener zwei Perioden, durch welche abwechselnd der Staat sich fortentwickelt, alle faktischen Verhältnisse durch Verordnungen zu normiren, welche kein anderes formelles Kennzeichen haben, als das der Contrasignatur. Eben deßhalb müßte sich der Richter bei allen allgemeinen landesherrlichen Constitutionen, welche bloß contrasignirt sind, in letzter Instanz immer und jeden Falls die Frage vorlegen: Ist diese Verordnung unter solchen politischen Verhältnissen erlassen worden, daß die Handhabung des Staatsnothrechts durch den Souverän wie überhaupt, so in dem beanspruchten Umfange als eine verfassungsmäßige erscheint? [1]) —

Die Unumstößlichkeit der Begründung tritt klarer zu Tage, wenn letztere mit der Stahl'schen Beweisführung zusammengehalten wird. *Letztere beruht auf einer Verwechslung der Begriffe.*

Sie geht von der oben erörterten Unterscheidung zwischen *formellem* und *materiellem* Urtheile aus. Wenn der Rich-

[1]) Damit bewährt sich wieder, wie schon früher die mir durch v. Mohl, a. a. O., S. 72. Note, gewidmete Belehrung als entbehrlich.

ter urtheilen dürfe, ob eine Verordnung nicht hätte als Gesetz erlassen werden müssen, so urtheile er damit nicht über die Form [1]) und daher die Existenz einer ihn bindenden Anordnung überhaupt; sondern er urtheile, ob die Form, d. i. der Weg, die Norm zu erlassen, gebraucht sei, die diesem Inhalt entspreche, die für eine Anordnung dieses Inhalts erforderlich gewesen wäre: das aber sei ein materielles Urtheil. Allein die Worte „formelles" und „materielles" Urtheil sind, wie auch Stockmar [2]) richtig bemerkt, in einem ganz andern Sinne gebraucht, als dem nach publicistischem Herkommen und Natur der Sache mit ihm verbundenen. Wie Stahl selbst einräumt, kann entgegnet werden, der Richter urtheile damit nicht über die bindende Kraft der Verordnung an sich, sondern nur darüber, ob das bisherige Gesetz aufgehoben sei? dieses könne aber nur in der Form „mit Zustimmung der Stände" aufgehoben werden. Uebrigens soll diese Einrede bedeutungslos sein. In der That bewege sich eben das Urtheil nicht darum, ob die Form zur Aufhebung eines in dieser Eigenschaft zweifelhaften Gesetzes vorhanden, vielmehr darum, ob der Inhalt der Verordnung eine Aufhebung oder aber nur eine Ergänzung, Näherbestimmung des Inhalts des Gesetzes sei? und fuße deßhalb auch solches Urtheil überall auf materiellen, nicht auf formellen Bestimmungsgründen. Allein, müssen wir entgegnen, diese materiellen Bestimmungsgründe beziehen sich nicht auf die innere Rechtmäßigkeit oder Vernünftigkeit des Gesetzes, sondern bloß auf die Uebereinstimmung des dadurch normirten Objects mit der

[1]) „Dieß ist es, was Stahl aus durchaus speciösen Gründen leugnet." H. A. Zachariä, St. R. II. S. 244. Note 13. Vgl. Vollert's unhaltbare Einrede gegen Zachariä und v. Stockmar, a. a. O., S. 603. Vollert meint, Stahl's Behauptung lasse wirksam sich nur entgegenhalten, daß ja der Richter gar häufig in demselben Sinne wie hier materiell urtheile, so z. B. so oft er ausspreche, daß eine niedere Verwaltungsbehörde ihre Competenz durch Erlaß einer Verfügung überschritten habe u. s. w.

[2]) Vergl. Stockmar, a. a. O., S. 230 f.

für letzteres paßlichen Form. Die Stahl'sche Einrede verwechselt das Object des Gesetzes mit dessen Materie. Die Verfassungs-Urkunde bestimmt z. B., daß ohne ständische Mitwirkung vom Souverän kein Steuergesetz erlassen werden dürfe. Das Object des Gesetzes ist die Steuererhebung, die Materie ist die politische Zweckmäßigkeit und innere Vernünftigkeit. Prüft der Richter die Verfassungsmäßigkeit des Steuergesetzes, so ist sein Urtheil so lange kein materielles, als es wenn auch das Object, so doch die Materie des Gesetzes nicht berührt.

Wir haben zwar nachgewiesen, daß die materielle Prüfung im Sinne Stahl's unter allen Umständen zu der eigentlichen materiellen Prüfung führt und ohne letztere zu keinem Resultate kommt; dadurch hört aber die formelle Prüfung nicht auf, eine rein formelle zu sein. Stahl kann freilich die Prüfung, ob die Form ihrem Inhalte entspreche, immerhin eine materielle nennen; allein dann ist eben der Satz, daß dem Richter nur ein formelles, kein materielles Urtheil zukomme, nicht identisch mit dem Verbote der Usurpation der legislativen oder Regirungsgewalt durch den Richter. Daß aber die Prüfung, ob eine Verordnung unter solchen politischen Umständen erlassen wurde, daß die Handhabung des Staatsnothrechtes wie überhaupt, so in dem bewußten Umfange als eine verfassungsmäßige erscheint, eine materielle oder politische Untersuchung ist, kann Niemand bezweifeln; die Begriffe fallen zusammen. Sie steht in geradem Gegensatze zur Beantwortung einer Rechtsfrage. Die juristische Regel subsumirt sich ein Factum, mindestens den Versuch im Strafrecht, im Civile das naive Unrecht. Von einer Anwendung des Gesetzes kann die Rede nicht sein ohne das Factum. Letzteres fehlt in unserem Falle. Das Factum, welches über die fragliche Befugniß des Souveräns entscheidet, auf welches somit die Rechtsregel anzuwenden ist: die Ausübung des Staatsnothrechtes muß eine verfassungsmäßige sein! — existirt erst, wenn der Souverän

Digitized by Google

erklärt, daß der Nothstand beseitigt sei [1]), d. h. dann, wenn er das Gesetz selbst wieder außer Kraft setzt oder die Möglichkeit der ständischen Mitwirkung eine Beschwerde erlaubt. Eben deßhalb wird die Frage, welche dem ordentlichen Civil- oder Strafrichter als eine politische erscheint, für den Staatsgerichtshof eine juristische.

b. Puchta und von Mohl.

Dieß führt uns geraden Weges zu der weitern Einrede von Puchta und Mohl, welche weiter gehen, als Zachariä, und auch in der richterlichen Prüfung der Verfassung eines mit den Landständen verabschiedeten Gesetzes keine politische Function erblicken.

„Man hat, sagt Puchta [2]): den Einwurf gemacht, unsere Ansicht würde jedes Gericht zu einem Staatsgerichtshof machen, der die Streitigkeiten zwischen Ständen und Regirung entscheide. Dieser Einwurf beruht auf einer Verwechslung. Der Richter, indem er ein Gesetz auf einen vor ihm anhängigen Rechtsstreit anwendet oder nicht, gibt keine allgemeine Entscheidung über seine Existenz; er entscheidet nur diesen Prozeß, nicht jenen Streit zwischen den Ständen und der Regirung. Er geht also über seine Befugnisse nicht hinaus."

In gleichem Sinne berief sich das O.-A.-Gericht in Lübeck in einer für das richterliche Prüfungsrecht günstigen Entscheidung vom 8. Jänner 1835 auf eine unter Geta's und Plautian's Consulate von Sever und Antonin erlassene Constitution, folgenden Inhalts [3]):

---

[1]) Die Begründung dieses Satzes siehe in meinem Aufsatze über die Grenzen der prov. Gesetzgebung (deutsche Viertel-Jahrs-Schr. 1857, 3. Heft S. 152 ff.

[2]) A. a. O., §. 15. s. ne. 4. Vergl. v. Stockmar, a. a. O., S. 241. Note 11.

[3]) L. 1. C. de ordine judiciorum. 3, 8.

Digitized by Google

„Adite praesidem provinciae et ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatione filii docete. Neque enim impedit notionem ejus, quod status quaestio in cognitionem vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit; pertinet enim ad officium judicis, qui de heriditate cognoscit, universam incidentem questionem, quae in judicium deducitur, examinare, quoniam non ex sed de hereditate pronuntiat.“ Hiergegen ist vor Allem die gleiche Einrede, wie gegen Zachariä und das Tüb. Fakultätsgutachten geltend zu machen. Das Moment, welches das Merkmal des Politischen und Juristischen in der Function des Staatsgerichtshofes und des gewöhnlichen Richters hervortreten läßt, liegt keineswegs in der allgemeinen oder beschränkten Geltung des Urtheils, vielmehr in den Principien, von welchen ausgegangen wird zu Entscheidung der Frage.

Den nämlichen Standpunkt behauptete v. Mohl [1]). Zwar bewegt er sich auf dem Boden des belgischen Verfassungsrechtes, wo die Prüfung der Anticonstitutionabilität nicht nur, wie die Verfassung vorschreibt, auf die Verordnung, sondern auch auf das eigentliche Gesetz bezogen wird. Inwiefern aber alle Momente für und wider in analoger Weise bei Beantwortung unserer Frage sich wiederholen, wurde in dem historischen Theile erörtert. So enthält auch die folgende Erklärung Mohl's die Erläuterung der Puchta'schen Ansicht.

„Den Gerichten, bemerkt Mohl [2]), steht in alle Wege zu, darüber zu urtheilen, ob ein angebliches Gesetz wirklich eines

---

[1]) Vergl. auch Vollert, a. a. O., S. 605—607.

[2]) A. a. O., S. 135—136. — Vgl. hiermit v. Mohl's neuestes bereits angeführtes Werk, welches eine Sammlung von älteren Aufsätzen bildet, S. 79. Einen in dem früheren v. Mohl'schen Aufsatz noch nicht entwickelten Gedanken kann man hier wohl nicht entdecken, da die Zusätze des berühmten Verfassers mehr und verdienstlicher den anderen Erörterungen des berühmten Werkes gewidmet sind.

Digitized by Google

sei und ob und wie es im einzelnen Rechtsstreite Anwendung finde. Sie sollen die einzelnen thatsächlichen Fälle unter das Gesetz bringen, natürlich nicht unter ein Gesetz überhaupt, sondern unter das richtige. Sie haben also unter den Gesetzen die nöthige Wahl zu treffen und haben das Recht und die Pflicht, zu erklären, ob ein von einer Partei angeführtes Gesetz wirklich für den Fall paßt oder nicht. Wenn mehrere Gesetze unter sich im Widerspruche sind, was freilich nicht sein sollte, aber eben ist, haben sie nach Regeln der Rechtswissenschaft zu entscheiden, welches im concreten Falle dem anderen vorgehe, also z. B. die Ausnahme der Regel, das neuere dem ältern Gesetze u. s. w. — Gar nichts Anderes geschieht nun, wenn in einem Rechtsfalle die Frage entsteht, ob eine Vorschrift der Verfassungs-Urkunde oder ob ein damit im Widerspruche befindliches späteres Gesetz Anwendung zu finden habe? Wenn hier nun das Gericht, wie es nach Grundsätzen der Logik und des Staatsrechts thun muß, den Satz der Verfassung als den höheren, durch eine niedere Art; von Rechtsnormen gar nicht antastbaren und angetasteten vorzieht: so urtheilt es nicht über dieses Gesetz, noch weniger spricht es eine Aufhebung desselben aus, sondern es erklärt nur, daß es in diesem Falle wegen Zusammenstoßes mit einem höhern Gesetze keine Anwendung finde. Es ist hier von gar keinem Uebergreifen in eine andere Sphäre, von einer politischen Handlung, überhaupt von etwas Ungewöhnlichem die Rede; es wird nur ein logischer Schluß gemacht, wie der Richter täglich gleiche und ähnliche macht."

Aus dieser Beweisführung übrigt nur, Einen Punkt zu widerlegen. Das fragliche Urtheil des Richters ist jedenfalls ein politisches, wie gegen Zachariä und das Fakultätsgutachten bewiesen wurde. Hier soll nur noch begründet werden, daß auch — ganz abgesehen von dem a. a. O. aufgestellten Argument — die Einrede, daß der Richter nur incidenter, pro subjecta materia, aus Anlaß des einzelnen Rechtsstreites über die Ver-

Digitized by Google

fassungsmäßigkeit entscheidet, schon an und für sich ohne Bedeutung ist.

Eine schlagende Analogie der Controverse finden wir zur deutschen Reichszeit in der Erörterung: Ob das Kammergericht über die Rechtsbeständigkeit eines Kaiserlichen Privilegiums zu urtheilen befugt sey? Man unterschied hiebei, ganz wie in unserer Frage, zwischen dem Falle, in welchem dem Kaiser die Befugniß zu Ertheilung eines derartigen Privilegiums bestritten, und dem Falle, wo unter Anerkennung des Kaiserlichen Rechts in thesi darüber in hypothesi disputirt wird, ob das im concreten Processe zur Sprache kommende Privilegium gegen die Gerechtsame eines Dritten anstoße? Pütter vindicirt letzteren Falles dem Gerichte die Competenz, über die Rechtsbeständigkeit des Privilegiums zu entscheiden, weil die Beantwortung jener ersteren Frage nur incidenter vorkomme. Allein die Mehrzahl der damaligen Publicisten schloß sich an J. J. Moser [1]) an, welcher ausdrücklich lehrt: „Wenn der Punkt von der Giltigkeit der Privilegien nothwendig mit in Betracht gezogen werden muß, halte ich das Kammergericht durchaus nicht für befugt, darüber zu sprechen. Denn die Rechte der Parthie, so sich auf das Privilegium gründen, lassen sich von den Rechten des Kaisers, der das Privilegium gegeben hat, unmöglich trennen. Nun aber ist zwar dem Kammergericht die Jurisdiction in Parthiesachen, aber nicht über des Kaisers Handlungen mitgetheilt worden.“ Die Controverse wurde übrigens schon zu Anfang des vorigen Jahrhunderts in der Würtemberg- und Castellischen Sache bei dem Reichsconvent verhandelt. Das am 4. Juni 1704 erschienene Reichsgutachten berührt die Streitfrage nicht.

[1]) Von der Justiz-Verf. 1774. I. S. 1084 u. 1159.

Digitized by Google

Allein nicht nur in dem angeführten speciellen Falle, sondern überhaupt und so oft in der Verhandlung über eine Privatsache die Entscheidung einer politischen Frage zur Sprache kam, galt schon zur Zeit des Reiches folgender Grundsatz:

„Ist Etwas zum Theil eine Staats-, zum Theil eine Justizsache, läßt sich entweder Beides von einander trennen oder nicht.

Ist jenes, so wird der Staatspunkt zwischen dem Kaiser und Reich verhandelt, die Privatjustizsache aber denen Reichsgerichten überlassen.

Sind aber beide unzertrennlich und es gereichte, wenn der Privatstreit eben so entschieden würde, mehreren Andern (wenigstens ihrem Dafürhalten nach) zum Nachtheil, z. E. ob das Simultaneum erlaubt sei oder nicht? ob die Ryswik'sche Einredensclausel verbindlich sei oder nicht? ob die Reichsgerichte in Kirchensachen, wenigstens der Evangelischen, in petitorio sprechen können oder nicht? u. s. w., so wird billig ein gemeinsamer Schluß des Kaisers und Reichs abgewartet." So J. J. Moser in der deutschen Justizverfassung. 1774. I. 313. 314.

v. Mohl selbst nennt „die frühere Theorie der gegenseitigen Unabhängigkeit der einzelnen Gewalten eine durchaus verkehrte und das eigentlichste Wesen des Staatsorganismus verletzende" [1]): und dennoch vermögen wir in der mitgetheilten Darstellung nur die praktische Durchführung jener Lehre zu finden. v. Mohl gibt zu [2]), daß „allerdings die Gerichte nicht dazu berufen sind, eine Critik über den Inhalt der Gesetze in der Weise abzugeben, daß sie in einer allgemeinen Erklärung, vielleicht gar ohne besondere Veranlassung durch einen bestimmten Rechtsstreit, sich über den Werth derselben aussprechen", daß „es ihnen ferner entschieden nicht zusteht, ein Gesetz für

[1]) A. a. O., S. 131.

[2]) A. a. O., S. 135—136.

Digitized by Google

formell aufgehoben zu erklären wegen angeblich schlechten Inhalts"; denn in diesem Falle stünde die richterliche Gewalt nicht unter der gesetzgebenden, sondern gesondert neben ihr und die eine wäre von der andern absolut unabhängig. Allein „der Richter urtheilt ja nicht über dieses Gesetz, noch weniger spricht er eine Aufhebung desselben aus; er erklärt nur, daß es in diesem Falle keine Anwendung finde."

Diese Unterscheidung [1]) ist aber eine rein formelle und nicht allzumählich einem Sophisma. Der innere Grund der von Mohl erlaubten Nichtanwendung und der durch ihn verpönten allgemeinen Beurtheilung ist derselbe und die Ueberzeugung von der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes kann leicht des Richterstandes allgemeine und einheitliche sein, somit „das Uebergreifen in eine andere Sphäre, die politische Handlung", d. h., das von Mohl den Gerichten abgesprochene Recht der allgemeinen Erklärung in der Nichtverheimlichung der richterlichen Ueberzeugung bestehen [2]).

Faider sah diese „Distinction subtile" wohl voraus. „Sa loi n'est pas annullée, dit on, les juges refusent simplement de l'appliquer; tout est sauvegardé; la loi commo forme, la constitution comme fond" [3]). Es ist schwer erklärlich, warum Mohl auf die unmittelbar dem Entwurfe folgende Erläuterung des belgischen Juristen nicht eingeht. „On oublie,

---

[1]) Vgl. Decret. I., Dist. X. c. 1. §. 2.

[2]) Man könnte im deutschen Rechte die fragliche Einrede schon insofern entkräftigen, als ihre Spitze an dem Begriffe der Vollziehbarkeit scheitert, den die meisten Verf.-Urk. mit der Contrasignatur ausdrücklich verbinden. Vgl. Martin, a. a. O., S. 30. Note 11. Vgl. ibid. S. 12. Auch widerspricht es dem Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn der eine Unterthan in einem Prozesse sich auf ein Gesetz berufen kann, während ein Anderer, welcher in seiner Rechtssache auf die gleiche Norm sich stützt, abgewiesen wird, weil das zweite Gericht die fragl. Verordnung für verfassungswidrig hält.

[3]) A. a. O., S. 480.

Digitized by Google

ſagt Faider, en raisonnant ainsi, que tout jugement est motivé, que le refus, d'appliquer la loi, aura pour motif, expressément libellé, la violation par le legislateur de la loi fondamentale; de sorte que, dans la réalité, la loi est tuée par l'arrêt et, si elle subsiste encore, c'est à l'état de cadavre, sa force exécutoire, c'est à dire sa vie étant supprimée: il en est de méme d'un règlement que la cour de cassation refuse d'appliquer comme contraire à la loi; de fait, un pareil règlement frappé par un pareil arrêt est détruit dans son essence. Que l'on abandonne donc cette distinction subtile: il reste vrai que la loi paralysée est anéantie et que les tribunaux ont jugé la loi." In der That ſetzen auch die Schriftſteller über Amerikaniſches Staatsrecht den Einen Unterſchied auf die angegebene Weiſe feſt und anerkennen, daß der Unterſchied ein rein formeller iſt. Tocqueville erklärt: „Si le juge avait pu attaquer les lois d'une façon théorique et générale; s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte. Mais quand le juge attaque une loi dans un débat obscur et sur une application particulière, il dérobe en partie l'importance de l'attaque aux regards du public. Son arrêt n'a pour but que de frapper un interêt individuel; la loi ne se trouve blessée que par hasard.

D'ailleurs, la loi ainsi censurée n'est pas détruite: sa force morale est diminuée, mais son effet matériel n'est point suspendu. Ce n'est que peu à peu et sous les coups répétés de la jurisprudence qu'enfin elle succombe" [1]). Zwar ſagte der nämliche Staatsmann auch [2]): „Qu'un juge, en

[1]) Tocqueville, a. a. O., S. 188 f.

[2]) A. a. O., S. 183.

Digitized by Google

tranchant une question particulière, détruise un princip général, par la certitude oú l'on est que, chacune des conséquences de ce même principe étant frappée de la même manière, le principe devient stérile, il reste dans le cercle naturel de son action. Mais que le juge attaque directement le principe général et le détruise sans avoir en vue un cas particulier, il sort du cercle, où tous les peuples se sont accordés à l'enfermer; il devient quelque chose de plus important, de plus utile peut être qu'un magistrat; mais il cesse de représenter le pouvoir judiciaire.“ Allein der Schriftſteller ſelbſt anerkennt, daß es ſehr wenige Geſetze gibt, welche nicht individuelles Intereſſe verletzen oder von den Vertheidigern vor Gericht nicht angerufen werden, mithin der richterlichen Analyſe ſich entziehen können; während er zugleich einräumt, daß von dem nämlichen Tage an, wo der Richter dem Geſetze in einem Prozeſſe die Anwendung verſagt, daſſelbe einen Theil ſeiner moraliſchen Kraft (une partie de sa force morale) verliere, und alsbald in gänzliche Ohnmacht verſinke. „Ceux qu'elle a lésés, sont alors avertis qu'il existe un moyen de se soustraire à l'obligation de lui obéir: les procès se multiplient et elle tompe dans l'impuissance“ [1]). „Le juge Américain est vêtu d'un immense pouvoir politique“ [2]). „Ce pouvoir est le seul qui soit particulier au magistrat Américain; mais une grande influence politique en découle“ „Le juge est amené malgré lui sur le terrain de la politique.“

Wenn nun v. Mohl ſelbſt zugibt, daß für das Leben die Verletzung der Grundſätze in der Anwendung am Ende nicht viel beſſer iſt, als der gänzliche Mangel derſelben [3]), ſo kann auch die praktiſche und concrete Durchführung einer falſchen Lehre, wie die der Gewaltertheilung in der gleichzeitigen theo-

[1]) A. a. O., S. 188.

[2]) A. a. O., S. 184. 188. 190.

[3]) A. a. O., S. 122.

Digitized by Google

retischen und allgemeinen Anerkennung ihrer Verwerflichkeit keine Entschuldigung finden und noch weniger dadurch zur Begründung eines andern Satzes befähigt werden. Auch ist wohl zu bemerken, daß gerade die Nichtanwendung des Gesetzes im einzelnen concreten Falle die hauptsächlich praktische Gefährlichkeit der Lehre begründet, d. h. wie sub C nachgewiesen werden soll, die Quelle nothwendiger Rechtsverwirrung wird. Wenn aber ein Dogma, wie das des frägl. richterl. Prüf.-Rechts, nur durch einen theoretischen Satz vertheidigt werden kann, welcher gerade die praktische Anwendung jenes ersteren nicht nur nach augenblicklichen Verhältnissen, sondern für immer unmöglich macht: so ist hiemit der positiv rechtliche Bestand des Dogmas selbst zweifelhaft gemacht, seine innere Unhaltbarkeit aber entschieden nachgewiesen.

Wenn endlich v. Mohl behauptet, daß der logische Schluß, welcher aus dem erwähnten Widerspruche zwischen Verfassung und späterem Gesetze des letztern Unanwendbarkeit deducirt, nur ein solcher sei, „wie der Richter täglich gleiche macht", indem er erklärt, daß ein Gesetz wegen Zusammenstoßes mit einem höhern keine Anwendung finde, so möchte diese privatrechtliche Analogie doch im Staatsrechte als ungeeignet erscheinen. Im einen Falle wird eine Norm nicht angewendet, weil sie nicht paßt, um das faktische Verhältniß zu reguliren; während in unserm Falle die Norm allerdings geeignet ist zur Subsumption der Sachlage: aber nicht angewendet wird, weil ihr die verbindliche Kraft mangeln soll. Während im erstern Falle der zufällige Grund der Nichtanwendung außerhalb des Gesetzes und im Verhältnisse zum Factum liegt: soll er im zweiten Falle dem innern Wesen der Rechtsnorm anhaften.

„Es ist etwas anderes", sagt v. Linde, „eine Vorschrift deßhalb nicht anwenden, weil sie für diesen Fall nicht gegeben, also nicht die Vorschrift ist, unter welche das Factum subsumirt werden kann, und etwas anderes, die Vor-

Digitized by Google

schrift deßhalb nicht anwenden wollen, weil man sie überhaupt nicht für verbindlich erklärt“ [1]).

Unrichtig ist aber, wenn Stahl auch insofern mit der gegnerischen Behauptung eine Verletzung des monarchischen Princips verbunden glaubt, als der Erfolg des Grundsatzes der richterlichen Prüfung nothwendig der sei, daß zuletzt die Kammern höchste u. unwiderstehliche Entscheidung darüber erhalten, was als Gesetz und als Verordnung bestehe [2]). Allerdings wäre dieser Erfolg eben so sehr dem französischen Princip der Volkssouveränität oder doch der parlamentarischen Regirung entsprechend, als dem deutschen monarchischen Princip zuwider; allein die Stahl'sche Folgerung selbst ist ohne haltbare Grundlage. Sie behauptet, die jenseitige Ansicht veranlasse den Fürsten, die Verordnung an die Stände zu bringen, und nach deren Willen sie als Gesetz zu publiciren, wodurch dann das ganze Bereich der irgend bestreitbaren Verordnungen unter das Zustimmungsrecht der Stände gerathe. „Dieser letzte Erfolg, der überall der wahrscheinlichste ist, verstößt aber offenbar gegen das monarchische Princip. Das Bereich freier Regirungsthätigkeit, das eine auf dieses Princip gebaute Verfassung dem Fürsten vorbehält, würde ihm so mittelbar durch die Emancipation der Gerichte wieder entzogen“ [3]).

Die Staatsregirung ist vielmehr nicht nur stets befugt, den Ständen anzuzeigen, daß sie ein provisorisches Gesetz oder eine Verordnung bereits selbst zurückgenommen habe; sondern es erhält auch jede erst auf erhobene ständische Beschwerde erfolgte Zurücknahme nur dann verbindliche Kraft, wenn der Souverän dieselbe ausdrücklich verordnet [4]). Zwar bestimmen Weimar (revid.

---

[1]) Vgl. Linde, im Archiv, a. a. O., S. 366.

[2]) A. a. O., S. 679.

[3]) A. a. O., S. 674—675.

[4]) Die entgegengesetzte Ansicht hält von Rönne fest, Staatsrecht der preuß. Monarchie, 1856. I, S. 157, n. 3; siehe auch von Rönne, Er-

Digitized by Google

Grd. Ges. 1850. §. 61) und Coburg-Gotha [1]) (V. U. 1852. §. 130), daß provisorische Gesetze, welche vom nächsten Landtage nicht ausdrücklich angenommen werden, mit dem Ende des letzteren von selbst und ohne Weiteres außer Kraft treten. Allein sogar in diesem Resultate liegt keine Entscheidung darüber, was Gesetz und was Verordnung sei: vielmehr ist, da keiner Aufhebung irgend welcher allgemeinen contrasignirten landesherrlichen Constitution eine rückwirkende Kraft beigelegt wird, die Entscheidung immer auf Seiten des Souveräns und fällt die Dauer der ersteren rücksichtlich ihrer Giltigkeit mit der Existenz der Constitution zusammen. Selbst die Entscheidung der Frage, ob die Constitution in der Vergangenheit als eine verfassungsmäßige Norm hätte erlassen werden sollen, steht den Ständen nur insofern zu, als sie in der letztern Inhalt einen besondern Grund zur Ministeranklage finden. Wären die Stände selbst die Richter über die verdächtigen Minister, wie in Frankreich, so würde dieß auf eine Staats- oder Volks-Souveränität zurückdeuten lassen. Aber sie sind dies in Deutschland nicht; und gerade dieser Umstand macht es möglich, daß hier Fürsten-Souveränität und Ministerverantwortlichkeit nebeneinander bestehen können [2]).

c. Martin.

Schließlich möge noch erwähnt werden, daß man auch schon an eine Unterscheidung dachte zwischen den Normen, welche ausschließlich oder hauptsächlich auf Regelung des individuellen Rechts abzielen und den „zu

---

gänzung der preuß. Rechtsbücher, XII, S. 6, n. 1. Vgl. dagegen von Daniels, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, I, S. 134, n. 1, u. besonders meine Schrift über das Staatsnothrecht. 1860. 3. Cap.

[1]) Vergl. Reuß (j. L.), V. U. 1852, §. 67. a. l. 2.

[2]) Maurenbrecher, die deutschen regirenden Fürsten. S. 259. Vgl. übrigens die Einleitung in meine Schrift über Ministerverantwortlichkeit und Staatsgerichtshöfe. Gießen 1859.

Digitized by Google

Zwecken der Gemeinderegirung" erlassenen Verordnungen der Staatsgewalt [1]). Zu letzterer Art wird etwa ein Steuergesetz, ein Gesetz über Constituirung von Kriegsgerichten, über Aufhebung der Preßfreiheit gerechnet, während die zuerst erwähnten Normen Gegenstände des Privatrechts berühren sollen, etwa die Grundsätze vom Darlehen oder der Erbfolge. Wir unterlassen, näher auf diese Einrede einzugehen. Sie beruht höchstens auf Zweckmäßigkeitsgründen, welche die Inconsequenz einer willkührlichen Ausnahme niemals rechtfertigen.

B.

Gemeines Recht.

Das heutige gemeine Recht spricht sich über unsere Frage aus, theils insofern jenes auf den Gesetzen des deutschen Bundes beruht, theils insofern die aus der Zeit der Reichsverbindung stammenden Reichs- und Landesherrlichen Gesetze noch jetzt praktische Geltung haben.

I.

Ehemaliges Reichs- und Landesh. Staats-Recht.

Dasselbe wurde schon oben erörtert. Wir fanden, daß eine und die nämliche Controverse, welche den Gegenstand unserer Erörterung bildet, auch zur Zeit des deutschen Reiches war und durch Reichs- und Landes-Staatsrecht im Einklange mit der damaligen Doctrin in dem von uns vertheidigten Sinne erledigt wurde. Da nun alle staatsrechtlichen Normen aus der Zeit der Reichsverbindung noch jetzt gelten, insofern das Object des politischen Verhältnisses nicht weggefallen ist oder ein neueres Gesetz anderweitige Bestimmungen getroffen hat [2]), so kann auch die praktische Anwendbarkeit jener Bestimmungen im heutigen Staatsrecht nicht beanstandet werden.

---

[1]) Vergl. z. B. Martin, a. a. O., S., 31. Anmerkung.
[2]) Vergl. Zöpfl, a. a. O., I. S. 124.

Digitized by Google

Als analoge Entscheidung aus dem gemeinen Rechte könnte man noch bemerken, daß in Fällen, worin ausländisches geschriebenes Recht zur Anwendung gebracht werden muß, für die Anwendbarkeit der betreffenden Norm die Bescheinigung ihrer Promulgation im Auslande genügt [1]).

Das Nämliche war Praxis der deutschen Gerichte zur Zeit des Reichsverbandes. Damals existirte hiezu eine Analogie im Gerichtsgebrauche der Reichsjustizstellen, welche die Landesgesetze in vorkommenden Fällen zur Anwendung brachten, ohne jene Unterscheidung ihrer Entstehungsweise zu berücksichtigen. So weist auch die Kammergerichtsordnung (I. tit. 54) im Einklange mit §. 105. des jüngsten Reichsabschiedes Richter und Beisitzer ganz allgemein an, nach des Reichs gemeinen Rechten und Abschieden und „nach redlichen und ehrbaren landischen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthümer, Herrschaften" anzurichten.

II.

Bundes-Recht.

a. Indirekte Entscheidung.

Dieselbe ist in Art. 57. der Wiener Schlußacte enthalten, welcher die Untheilbarkeit der Staatsgewalt sanctionirt. Die Unvereinbarkeit letzterer mit der gegnerischen Entscheidung unserer Controverse wurde soeben nachgewiesen.

Ein gewissermaßen indirektes und historisches Argument für die Richtigkeit der Behauptung, daß die Annahme der fraglichen richterlichen Competenz mit dem Begriffe der fürstlichen Souveränität, wie solcher nun eben einmal im positiven deutschen Staatsrecht festgesetzt ist, unverträglich sei, — geht aus der französischen und belgischen Verfassung hervor. In Frankreich und Belgien hat bekanntlich der Richter jenes Prüfungsrecht inne; aber der innere Rechtsgrund solchen Besitzes

[1]) Vergl. Beiträge zum const. Staatsrecht. 1. Heft. S. 35, Note 7.

Digitized by Google

besteht gerade in dem Dualismus getheilter Staatsgewalten, auf welchen die erwähnten Verfassungen beruhen, in der an und für sich, d. h. logisch unmöglichen, wohl aber thatsächlich sanctionirbaren Vereinigung der Fürsten- und Volkssouveränität in der Monarchie. Nur durch den Bestand einer solchen Souveränitätszerbröckelung ist es möglich und denkbar, dem Richter jene Function zu übertragen, weil er nur in diesem Falle einen genügenden äußern Anhaltspunkt hat, um zwischen den Anordnungen der executiven und legislativen Gewalt unterscheiden zu können [1]). Vermöge des historischen und innern nothwendigen Zusammenhanges beider Momente hat also die wirkliche Handhabung der Function durch den Richter das französisch-belgische Princip der Volkssouveränität zur Voraussetzung und ist in Ermanglung des letzteren, z. B. in Deutschland, jene Competenz eine Inconsequenz und Illegalität.

Daß die gegnerische Theorie dem nach deutschem Staatsrechte nun einmal geltenden Princip der Fürstensouveränität [2]) oder der einheitlichen Staatsgewalt widerspreche, beweist endlich der unmittelbare praktische Erfolg einer Annahme jenes Grund-

---

Diese Bescheinigung wird in der Regel schon durch den Abdruck der Verordnung in einer Privat-Sammlung als erbracht angesehen.

[1]) Vergl. Stahl, a. a. O., S. 678.

[2]) Es konnte dem Verfasser dieser Abhandlung niemals einfallen, den Unterschied zw. constitutionellem und gewöhnlichem Gesetze zu bestreiten, da letzteres nur dann die Bedeutung eines constitutionellen Gesetzes erhält, wenn die für des constitutionellen Gesetzes legale Genesis festgesetzten Bedingungen bei der Entstehung des gewöhnlichen Gesetzes erfüllt sind. Der Verf. behauptete und behauptet nur einen wesentlichen Unterschied zwischen constitutionellem und constituirendem Gesetze. Ersteres geht vom Fürsten und Volke zugleich (pactirte Verf.) aus oder (octroirte Verf.) vom Fürsten alleinig; während das constituirende Gesetz ausschließlich vom Volke ausgeht, vom Volk im Gegensatz zum Fürsten. Die Autorität, von welcher das constituirende Gesetz ausgeht, ist somit nicht diejenige, von welcher das constitutionelle Gesetz ausgeht. Ein constituirendes Gesetz nun kann in Deutschland nicht existiren, ohne mit den dürren Worten des Art. 55 d. W. Sch.

Digitized by Google

satzes [1]). Die Gerichte haben in Deutschland keine eigentliche Macht. Wenn auch eine solche ihnen nicht in dem Grade ferne liegt, wie in den französischen Gerichten, so ist doch der Grundsatz ein gemeiner, welcher z. B. in der Kurhessischen Verf.-Urkunde von 1831 (§. 123) so formulirt ist: „Sie (die Gerichte) sollen in ihrem Verfahren namentlich auch in der Vollziehung ihrer Verfügungen geschützt und soll ihnen hiezu von allen Civil- und Militärbehörden der gebührende Beistand geleistet werden." Es ist eben nur Ein Wille im Staate der absolut zwingende, nämlich der in der Staatsgewalt des Souveräns personifizirte allgemeine Wille. Wenn nun der Richter auf den Grund der Verfassungswidrigkeit einer landesherrlichen Verordnung ein Urtheil zu Gunsten der einen Partei erläßt, dem die andere sich widersetzt, so muß der Souverän entweder das Urtheil unvollzogen lassen oder seinen eigenen Willen einem fremden unterordnen. Im ersteren Falle existirt kein wirklich entscheidendes Erkenntniß und somit für das praktische Leben kein Gericht; in letzterem Falle ist nicht nur die Staatsgewalt getheilt, sondern auch der Inhaber des Restes von Staatsgewalt den Gerichten unterworfen, welche neben der richterlichen Gewalt

---

A. in revolutionären Widerspruch zu gerathen. An die Verschiedenheit der Autoritäten, von denen die Gesetze ausgehen, knüpft sich aber deren wesentliche Verschiedenheit. Da nun das constitutionelle und das gewöhnliche Gesetz von Einer und derselben Autorität in Deutschland ausgehen, vom Monarchen, dem die Stände beirathen oder consentiren, — so kann in Deutschland der Unterschied zw. constitutionellem u. gewöhnlichem Gesetze sich nur an die Form knüpfen, unter welcher die monarch. Autorität das eine oder das andere Gesetz nach der Verfassung der deutschen Monarchieen zu errichten befugt ist. Der Unterschied in der Entstehung des constitutionellen und gewöhnl. Gesetzes beschränkt sich aber auf die Zahl der Stimmen, welche das eine oder das andere Gesetz für sich haben muß, um legal zu existiren, oder auf ähnliche formelle Requisite. Ich habe diese Sätze so klar ausgesprochen, daß ich mich fast scheue, sie nochmals auszusprechen gegen H. v. Mohl, der dieselben (a. a. O. S. 83) mißverstanden hat.

[1]) Vergl. Büff, a. a. O., S. 388.

Digitized by Google

sich die gesetzgebende vindiciren. Demnach erscheint ein mit jener Befugniß ausgestattetes Gericht neben einheitlicher Souveränität als nicht mehr und nicht weniger, denn eine contradictio in adjecto.

b. Direkte Entscheidung

Stockmar behauptet [1]): „Ausdrücklich hat sich der Bund bis zu dem Augenblicke, wo dieß geschrieben wird, über unsere Frage nicht ausgesprochen. Art. 16. der geheimen Wiener Conferenz-Beschlüsse von 1834 ist nicht als die Stimme des Bundes zu betrachten." Vergl. H. A. Zachariä, Staatsrecht, III. 127.

Aus dem Verfahren des Bundes in der Kurhessischen Angelegenheit läßt sich für unsere Frage nichts folgern.

„Zuvörderst wurde durch landesherrliche Verordnung vom 1. Juli 1851 der §. 108. der damaligen kurhessischen Verfassung authentisch dahin erläutert, daß landesherrliche Verordnungen für die Gerichte ohne Ausnahme verbindlich seien. Jene Verordnung bezeichnet sich selbst als erlassen auf Veranlassung der beiden Commissäre von Oestreich und Preußen, als der durch Bundesbeschluß vom 11. d. v. M. (Juni) dazu bevollmächtigten hohen Regirungen. Dieser Bundesbeschluß ist bis jetzt nicht publicirt. Allein jedenfalls folgt daraus, daß der Bund die kurhessische Regirung veranlaßte, einen Paragraphen der Verfassung in einem bestimmten Sinne zu interpretiren, nicht daß die so erläuterte Bestimmung nun die allein dem Bundesrechte gemäße sei. Man muß doch annehmen, der Bund habe wirklich die Ueberzeugung gehabt, diese Interpretation sei die richtige. Und wenn er diese Ueberzeugung hatte, so begreift sich leicht, daß und warum er die Kurhessische Regirung veranlaßte den §. 108. der Verfassung demgemäß authentisch zu erläutern.

---

[1]) A. a. O., S. 41 f.

Digitized by Google

„Später wurde durch Bundesbeschluß vom 27. März d. J. die kurhessische Verfassung für „„in ihrem wesentlichen Inhalte mit den Grundgesetzen des deutschen Bundes, insbesondere mit den Vorschriften der Art. 54, 57 und 58 der Wiener Schlußacte nicht vereinbarlich““ erklärt. Allein dieser Ausspruch konnte sich nicht auf die unsere Frage berührenden Bestimmungen der kurhessischen Verfassung beziehen, in denen der Bund selbst einen dem Art. 57. und dem monarchischen Princip zweifelsohne völlig gemäßen Sinn gefunden hatte. Etwas Anderes wäre es, wenn der Bund die Interpretation des §. 108, welche die hessischen Gerichte und sonstigen Behörden handhabten, für begründet erkannt hätte, er hat sie aber im Gegentheil für unrichtig erklärt.

„Der Bund hat unsere Frage bis jetzt also ausdrücklich weder bejaht, noch verneint."

Diese Erörterung ist wenig begründet. Namentlich scheint die rechtliche Bedeutung der Wiener Conferenzbeschlüsse verkannt zu sein, indem deren indirekte Beziehung zu den Bundesbeschlüssen nicht erörtert wurde.

Das Schlußprotokoll der Wiener Conferenz vom 12. Juni 1834 bestimmt nämlich in Art. 16:

> „Verordnungen, welche von der Regirung vermöge der Regirungsgewalt in verfassungsmäßiger Form erlassen worden sind, haben für die Unterthanen verbindliche Kraft und werden von ersterer mit Nachdruck gehandhabt werden.
>
> Den etwa gegen solche Verordnungen gerichteten Competenzübergriffen der Gerichte werden die betreffenden Regirungen auf jede mit den Gesetzen vereinbare Weise standhaft begegnen."

Das Schlußprotokoll ist nun allerdings kein förmlicher Bundesbeschluß [1]); dem widerstreiten Art. 4 und 9 der

[1]) Vergl. Zöpfl, a. a. O., 1. S. 258. H. A. Zachariä, die deutsch.

Bundesacte, Art. 7. der Schlußacte. Auch wurden, wie die Carlsbaderbeschlüsse, so einzelne Art. des in Frage stehenden Schlußprotokolls erst auf dem gewöhnlichen Wege zu Frankfurt in eigentliche Bundesbeschlüsse verwandelt.

Die Frage ist somit: Welche positivrechtliche Bedeutung hat die Bestimmung im Art. 60. des Schlußprotokolls? Er lautet:
„Die Regirungen werden sich gegenseitig an vorstehende Artikel als das Resultat einer Vereinbarung zwischen den Bundesgliedern eben so für gebunden erachten, als wenn dieselben zu förmlichen Bundesbeschlüssen erhoben worden wären. Die Art. 3 bis 14 werden sofort mittelst Präsidialvertrags an den Bundestag gebracht, und dort in Folge gleichlautender Erklärungen der Bundesregirungen zu Bundesbeschlüssen erhoben werden. Hinsichtlich der übrigen im gegenwärtigen in das geheime Bundespräsidialarchiv niederzulegenden Schlußprotolle enthaltenen derzeit zur Verlautbarung nicht bestimmten Artikel werden die Regirungen ihren Gesandschaften am Bundestage unter Aufbietung strenger Geheimhaltung, sowohl zur Bezeichnung der allgemeinen Richtung, als zur Anwendung auf vorkommende specielle Fälle die geeigneten, mit den durch Gegenwärtiges übernommenen Verpflichtungen übereinstimmenden Instructionen ertheilen."

Hieraus ergibt sich nun für das Schlußprotokoll der Charakter eines völkerrechtlichen Vertrages, welcher nicht die Unterthanen, Stände oder Richter, sondern bloß die Souveräne verpflichtet.

Wenn also jene richterliche Prüfung resp. Nichtbeachtung einer landesh. Norm, in irgend einem Staate eintritt: so ist der Souverän völkerrechtlich verpflichtet, ihr unter keinen Umständen Raum zu geben. Der Erfolg wird immer darin be-

---

Verf. Ges. S. 34. Anm. — Welker, a. a. O. S. 410. — v. Stockmar, a. a. O., S. 41. —

Digitized by Google

stehen, daß — wenn die ständische Beschwerde den Richtern beitritt — der Conflikt vor das nach Bundesgesetzen zur Schlichtung von Differenzen zwischen Souverän und Ständen überhaupt competente Gericht kommt. Diese Folge ist eine rein negative, insofern der Souverän rechtlich verpflichtet ist, unter keinen Umständen in seinem Lande die richterliche Competenz anzuerkennen und jede die letztere irgendwie begünstigende Vereinbarung mit den Ständen principiell zu verwerfen.

Als controvers könnte hier die Competenz des Bundesschiedsgerichts erscheinen. Letztere Instanz soll schiedsrichterlich zwischen der Regirung und den Ständen wie andere, so auch Streitigkeiten über die Auslegung des Grundgesetzes entscheiden. Unzweifelhaft kann unsere Controverse unter diesem Gesichtspunkt betrachtet werden. Somit wäre im Allgemeinen gegen die Competenz der fraglichen Instanz Nichts einzuwenden. Allein die Einrichtung des Bundesschiedsgerichts, welches aus Männern besteht [1]), die an Art. 16. des Schlußprotokolls nicht gebunden sind, ermöglicht eine dem letzteren widersprechende Entscheidung. Welches ist nun dieser Möglichkeit gegenüber die Stellung des 60. Art. des nämlichen Protokolls? Offenbar darf der einzelne Souverän in diesem Falle vor dem Schiedsgerichte in den Streit sich nicht einlassen, indem er sonst in die Lage versetzt werden könnte, den völkerrechtlichen Vertrag brechen zu müssen. Letzterer ist aber ein bereits abgeschlossenes Rechtsgeschäft, während die Betretung des Rechtsweges vor dem Bundes-Schiedsgericht auf der landesherrlichen und ständischen Vereinbarung im einzelnen Falle beruht. Somit enthielte letzteres Rechtsgeschäft eine Handlung gegen die Rechte Dritter [2]). Aller-

---

[1]) Aus Metternichs Eröffnungsrede. (Welker, a. a. O., S. 372.)

[2]) Vergl. Cap. 28. X. de jurejurando (2, 24), Cap. 2 de pactis in VIto (1, 28).

Digitized by Google

dings kann nun, zwar nicht die Ständeversammlung [1]), wohl aber die Bundesversammlung [2]) die Regirung zu Betretung des Rechtsweges vor dem Bundesschiedsgericht insofern auffordern, als sie befugt ist, derselben bis dahin die erbetene Einschreitung zu verweigern. Letzteres ist aber in diesem Falle nicht gestattet aus demselben Grunde, der dem Souverän die Anerkennung der Instanz verbietet. Dieß führt uns zur positiven Folge des 60. Art. des Schlußprotokolls.

Sie besteht darin, daß — wenn ein Bundesbeschluß jene Frage direct oder indirect entscheiden soll — derselbe jedenfalls sich gegen die richterliche Prüfung der contrasignirten allgemeinen Constitution aussprechen muß. Hegten auch die einzelnen Bundesgesandten eine abweichende Ansicht, so sind dieselben dennoch gemäß Art. 8. der Wiener Schlußacte an die Ansicht ihrer Committenten gebunden, welche von jener erwähnten Interpretation nicht abzugehen rechtlich verpflichtet sind. Art. 60 des Schlußprotokolls macht auf diesen Punkt noch besonders aufmerksam.

Das praktische Resultat des Schlußprotokolls besteht somit darin: daß immer, wenn die Stände sich nicht beschwichtigen, die Intervention des Bundes erbeten werden muß, der aber in keinem Falle der dießfallsigen ständischen Beschwerde beizutreten rechtlich befugt ist.

Die Ableitung dieser rechtlichen Folgen ist nicht anzufechten. Dagegen wird der Charakter des Schlußprotokolls als eines völkerrechtlichen Vertrags bestritten, insofern dessen Ipsojurenichtigkeit aus seinem Inhalte sich ergeben soll.

---

[1]) Den Ständen kann nur eine Competenz zukommen (vergl. das Rescript des K. Württ. Geh. Raths bei Mittlg. des Bundesbeschl. v. 30. Oct. 1834. an den ständ. Ausschuß), die Heimstellung des Entscheides an das Bundesschiedsgericht der Regirung zu beantragen, nicht aber das Recht, die Regirung einseitig vor dem in Frage stehenden Gerichte zu belangen.

[2]) Bundesb. v. 30. Oct. 1834, Art. 1.

Digitized by Google

Dieser Inhalt bestehe nämlich darin, daß die Regirungen ohne alles Wissen und Einwilligen ihrer Bürger und Landstände geheim über die innern staatsrechtlichen Verhältnisse ihrer „selbstständigen Staaten" (Bundesacte §. 2, Schlußacte §. 1—3) verfügen und nicht etwa diese durch die Bundes- und Landes-Grund-Verträge, durch den Zweck und die Grundbestimmungen dieser Verträge verbürgten Rechte der Selbständigkeit der Staaten und Verfassungen, sowie die sonstigen grundvertragsmäßigen beschwornen Verfassungsrechte der Bürger und Stände vermehren und erweitern wollen; sondern dahin gehen, dieselben zu beschränken und aufzuheben oder den Bürgern zu entziehen [1]). — Vollends aber sei rücksichtlich des Inhalts, sowohl nach der Bundesverfassung, wie nach jeder Landesverfassung, welche überhaupt nur einen rechtlichen Zustand des Volkes und der Bürger anerkennt, jeder Beschluß rechtsungiltig, wenn die dazu nöthige Einwilligung rechtlich, also insbesondere auch nach dem beschworenen Landesgrundvertrag unmöglich oder rechtsungiltig sei. „Dieses ist aber offenbar alsdann der Fall, wenn, so wie hier, Regierungen, welche durch die selbständige Landesverfassung ihres unabhängigen Landes, gleichviel ob in der Form ausdrücklicher oder stillschweigender Verträge, gegen ihre Bürger und Stände rechtlich verpflichtet sind, ihnen diese Verfassung und ihre Rechte, Rechte vollends, die sogar der Bundestag selbst voraussetzte und garantirte heilig zu halten, statt dessen vielmehr über dieselben einseitig mit andern Regierungen transigiren" [2]).

Alles Andere, was Welker sonst noch über gesunden Menschenverstand und Verschwörung gegen Staat und Volk predigt, ist juristisch unbedeutend.

Aber auch die zwei oben erwähnten Einreden sind ohne Haltbarkeit.

---

[1]) Vergl. Welker, a. a. O., S. 441.

[2]) Vergl. Welker a a. O., S. 113.

Digitized by Google

Fürs Erste regeln jene Beschlüsse unmittelbar keine bestehenden wirklichen Verhältnisse. Sie formuliren die Consequenzen des monarchischen Princips im Sinne der deutschen Souveräne. Darum richten sie sich gegen die Parthei, durch deren Umtriebe „die wahre Herrschaft nicht länger in dem Staatsoberhaupte concentrirt bleiben, sondern die Staatsgewalt in die Omnipotenz der ständischen Kammern verpflanzt werden soll" [1]). So wenig die ständische Einsprache erlaubt ist, wenn der Souverän in einer Thronrede die eine oder andere Maxime seiner Regirung ausspricht, welche der Volksvertretung als inconstitutionell erscheint, ebensowenig kann die Vereinbarung des Staatsoberhauptes mit den übrigen Gliedern des deutschen Bundes über die Interpretation eines Princips rechtlichen Anlaß zu einer Beschwerde abgeben. Letztere hat vielmehr die Deduction aus dem Principe in der positiven Regirungsthätigkeit zur unerläßlichen Vorbedingung.

So lange eine deutsche Regirung den Grundsatz des Art. 16, Abs. 2, nicht entweder direct durch eine landesherrliche Verordnung als allgemeine Rechtsnorm publizirt oder indirect ausspricht, insofern sie renitente Richter wegen Ungehorsams gegen die Verordnungen der höchsten Staatsgewalt zur Strafe zieht: so lange kann von irgend welcher Einsprache die Rede nicht sein. Grundsätze und Intentionen sind zollfrei, so lange der Weg zu deren practischer Anwendung nicht eingeschlagen wird.

Die Thatsache, daß das Schlußprotokoll die Beschränkung der ständ. Rechte beabsichtigt, ist kein Grund für die Ungiltigkeit seiner Interpretationen. Umgekehrt wurde längst [2]) als positiv rechtliches Dogma begründet, daß jede Auslegung einer

---

1) Aus der Eröffnungsrede des Fürsten Metternich.

2) Vergl. Zöpfl, a. a. O., II, S. 609, — meine Schrift über das Staatsnothrecht, 3. Cap., — u. besonders v. Linde, Zeitschrift für Civilrecht, VII, S. 49 ff.

Digitized by Google

Verfassungs-Urkunde von dem Princip auszugehen habe: Im Zweifel spricht die Vermuthung immer für das Recht des Souveräns und gegen die ständische Berechtigung. Ob aber — wie Welker als zweiten Einwand vorbringt — der Inhalt des Protokolls gegen die beschworenen Landesgrundgesetze verstoße? — das ist gerade die Frage. Das monarchische Princip bildet auch einen und zwar gerade den höchsten und obersten Satz des Landesgrundgesetzes, im Widerspruche mit welchem die übrigen Bestimmungen rechtlich gar nicht existiren [1]). Sollten also auch wirklich einzelne Artikel des Protokolls mit einzelnen ausdrücklichen Bestimmungen der Grundgesetze im Widerspruche stehen: so kann doch die Verpflichtung auf die in ersterem enthaltene Interpretation keine Verpflichtung auf verfassungswidrige Grundsätze genannt werden. Jene behauptet umgekehrt die Verfassungswidrigkeit der letztgenannten, d. h., ihren Widerspruch [2]) mit dem monarchischen Princip; die dolose Absicht fehlt eben so, wie der Charakter des contra bonos mores; und Welkers petitio principii ist sonnenklar.

Die hier behauptete rechtliche Bedeutung des Protokolls muß sogar H. A. Zachariä anerkennen, wenn anders derselbe

---

[1]) Vgl. W. Schl. A., Art. 57 und 58.

[2]) Nicht dadurch nützt man der rechtl. Freiheit des Volkes, daß man den Einklang antimonarchischer Grundsätze, z. B. des parlam. Systems, mit dem monarch. Princip behauptet, obwohl die Worte der Bundes- und Landes-Grundgesetze das Gegentheil aussprechen. Eine solche Sophistik erzeugt nur endlosen Streit zw. Regir. u. Ständen, während sie die Gemüther der Unterthanen beirrt. Man ziehe nur alle Consequenzen, die im monarch. Princip, wie solches die B. u. L. G. G. definiren, enthalten sind: wenn diese Consequenzen dann die Freiheit und Sicherheit der Völker beeinträchtigen, so weiß man doch den Ort, wo die Hilfe anfangen muß, u. dann werden die Fürsten zuerst zur Abhilfe bereit sein. Diese Forderung anerkennt auch der Verfasser der „drei staatswissenschaftl. Briefe", welche im deutschen Museum von Prutz (1859) meiner publicist. Abhandl. über Ministerverantw. und Staatsgerichtshöfe gewidmet worden sind.

Digitized by Google

mit sich selbst in keinen Widerspruch gerathen will. Er betrachtete nämlich die „Sonderbundsversammlung", d. h. den reactivirten Bundestag zu Frankfurt, nur als einen Congreß von Bevollmächtigten einzelner Regirungen; gibt aber zu, daß die in der Sonderbundsversammlung vertretenen Regirungen durch die darin gefaßten Beschlüsse sich selbst verpflichten können. Ergo muß Zachariä auch anerkennen, daß die auf den Wiener Conferenzen vertretenen Fürsten rechtlich befugt waren, ihre subjective Ansicht über die Interpretation eines Verfassungsartikels in der Weise festzusetzen, daß auf Grund vertragsmäßiger Einigung eine der gemeinsamen Anschauung widersprechende Handlung für den Einzelnen unmöglich wurde.

Wir behaupten aber auch, daß unsere Controverse durch einen förmlichen Beschluß des Bundestages schon erledigt ist.

In der 3. Sitzung des engern Rathes der reactivirten Bundesversammlung, am 17. Sept. 1850, hielt Hassenpflug als kurhessischer Gesandter einen ausführlichen Vortrag über die Zustände in Kurhessen und stellte unter andern Forderungen den Antrag: „Eine hohe Bundesversammlung möge beschließen . . . . . [1]), daß den Verordnungen und Vorschriften, welche in Anwendung des Bundesbeschlusses vom 28. Juni 1832 die Bundesregirung erlassen, die Kraft von Gesetzen einwohnend sei, deren Befolgung sich weder die Gerichte, noch andere Behörden, noch die Unterthanen ohne schwere Pflichtverletzung unter irgend einem Vorwande entziehen könnten" [2]).

Der nach Präsidialantrag zu Begutachtung der Sache gewählte Ausschuß bestand aus den Gesandten Bayerns, Württembergs und Liechtensteins. Der Vertreter des letztern,

---

[1]) Vergl. Rechtswidrigkeit der Reactivirung. S. 84

[2]) Vergl. Gräfe, a. a. O., S. 150.

Digitized by Google

Herr von Linde, erstattete im Namen des Ausschusses am 21. Septbr., in der 4. Sitzung der Bundesversammlung folgenden dießfallsigen Bericht:

Er halte für unzweifelhaft, daß . . . . . 4) „alle Kurfürstlichen Behörden solchen landesherrlichen Verordnungen, sobald deren Glaubwürdigkeit und Vollziehbarkeit in der verfassungsmäßigen Form (d. h. durch ministerielle Contrasignatur) constatirt ist, Folge zu leisten haben“ [1]).

Die Bundesversammlung beschloß sodann im völligen Einverständnisse mit dem Berichte des Ausschusses folgendermaßen:

„In Erwägung, daß nach dem Geiste der Grundgesetze des Bundes sowohl, als auch nach positiven Bundesbeschlüssen, insbesondere nach der authentischen Interpretation der Art. 57 und 58 der W. Schl.-Acte, wie sie in dem Bundesbeschluß vom 23. Juni 1832 Zfr. 1. und 2. enthalten ist, den Landständen ein Recht zur Verweigerung der zur Führung der Regirung erforderlichen Steuern in keiner Weise zustehe; daß demnach kein Beschluß von Landständen, welcher eine solche Steuerverweigerung direct oder indirect enthält, die Ausübung des landesherrlichen Besteuerungsrechts hemmen könne; in fernerer Erwägung, daß in Kurhessen der Fall der Steuerverweigerung vorliege, auf welchen der Art. 25 und 26 der W. Schl.-Acte zur Anwendung kommen müssen, wird beschlossen:

1) Die kurfürstlich hessische Regirung wird aufgefordert, alle einer Bundesregirung zustehenden Mittel anzuwenden, um die ernstlich bedrohte landesherrliche Autorität im Kurfürstenthum sicher zu stellen.

2) Die kurfürstlich hessische Regirung wird zugleich ersucht, ungesäumt der Bundesversammlung die in dieser Beziehung von ihr zu ergreifenden Maßregeln, so wie deren Erfolg anzuzeigen.

---

[1]) Vergl. Gräfe, a. a. O., S. 151.

Digitized by Google

3) Die Bundesversammlung behält sich vor, alle zur Sicherung und Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes erforderlich werdenden Anordnungen zu treffen" [1]).

Am 28. Sept. 1850 wurde die schon mehrfach erwähnte Verordnung publicirt, „die weitere Handhabung und Ergänzung der Verordnung vom 7. d. M., über die Erklärung des Kriegszustandes, betreffend." Dieselbe lautet:

„Der durch Unsere Verordnung vom 23. d. M. publicirte Bundesbeschluß hat auf den Zustand Unseres Landes, welchen wir bereits durch unsere Verordnungen vom 4. und 7. d. M. dargelegt haben, die Art. 25 und 26 der Wiener Schlußacte anwendbar erklärt.

„Wir müssen hierin die Verpflichtung als eine um so unabweislichere erkennen, durch die in der Verfassungs-Urkunde gegebenen Mittel weitere Vorsorge zu treffen, daß jedem Fortschritte zum Umsturze aller staatlichen Ordnung eine unüberschreitbare Grenze gesetzt werde.

„Nach §. 2 der Verfassungs-Urkunde vom 5. Januar 1831 bleibt die Regirungsform des Kurstaates monarchisch; nach §. 10 der Verf.-Urk. vereinigt der Landesherr alle Rechte der Staatsgewalt zu verfassungsmäßiger Ausübung in sich.

„Mit dieser durch die Verf.-Urk. gesicherten Grundlage des Staates muß, wo die monarchische Regirung zu selbständiger Wirksamkeit berufen ist, eine jede davon unabhängige Gewalt schlechthin unvereinbar sein, in deren Berechtigung es gelegt sein könnte, die Rechte der Staatsgewalt unmittelbar aus derjenigen selbständigen Wirksamkeit zu setzen, welche ihr bei außerordentlichen Fällen durch den §. 95 der Verfassungs-Urkunde anvertraut ist.

„Mit dieser Wirksamkeit Unserer Regirung darf demnach irgend eine Thätigkeit Unserer Gerichte und Behörden, welche

---

[1]) Vergl. Gräfe, a. a. O. S. 152. D., Gesetzsammlg. für Kurhessen, S. 51.

Digitized by Google

Unsere zur Sicherheit des Staates und der bedrohten öffentlichen Ordnung ergriffenen öffentlichen Maßregeln einer Beurtheilung zu unterziehen und dieselben durch Ausscheidungen oder Beschlüsse außer Anwendung zu bringen bezweckt, in keiner Weise in Widerspruch treten. Nur den Landständen kann es zustehen, durch Versagung der verfassungsmäßig erforderlichen Beistimmung jene Maßregeln wieder in Wegfall zu bringen.

„Wir konnten erwarten, daß alle Unsere Behörden, so wie die Gerichte, jede Ausdehnung ihrer Competenz über den Boden, den — wenn auch nur provisorisch geltende Gesetze bei außerordentlichen Begebenheiten zu begründen haben, vermeiden würden. Wir müssen aber leider erfahren, daß von Gerichten Unseres Landes unternommen ist, gegen die durch Unsere Verordnung vom 7. l. M. getroffenen Einrichtungen unmittelbar einzuschreiten, und Uns daher genöthigt sehen, diesen Uebergriffen abhilfliche Maßregeln entgegen zu setzen, so wie alle Unternehmungen, von welcher Seite sie ausgehen möchten, die gegen die völlige Wirksamkeit Unserer Anordnungen in der befragten Verordnung gerichtet werden, zur gebührenden Bestrafung zur bringen,

„und verordnen daher auf Grund des §. 95 der Verfassungs-Urkunde, auf den Antrag des Gesammtministeriums, was folgt:

§. 1.

Jede Cognition über die rechtliche Giltigkeit oder Wirksamkeit der gegenwärtigen, sowie der unterm 4. u. 7. Sept. l. J. von uns erlassenen Verordnungen ist ausgeschlossen, und wird jedes Verfahren für unstatthaft erklärt, welches unmittelbar oder mittelbar zum Zwecke haben sollte, einen gerichtlichen Ausspruch über die Frage nach der rechtlichen Giltigkeit oder Wirksamkeit jener Verordnungen herbeizuführen.

Ingleichen werden alle hiemit im Widerspruche stehenden und auf die angebliche Verfassungswidrigkeit der Verordnungen

Digitized by Google

vom 4. u. 7. Sept. l. J. gegründeten Aussprüche der Gerichte für unwirksam erklärt und jedes deßhalb bereits eingeleitete gerichtliche Verfahren hierdurch aufgehoben.

Dem Oberbefehlshaber liegt die Verpflichtung ob, alle und jede bereits eingetretenen Folgen solcher Ansprüche mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu beseitigen und haben hiebei alle Behörden und öffentlichen Diener seinen Befehlen die schuldige Folge zu leisten [1])".

Auch diese Verordnung wurde von den kurhessischen Gerichten nicht angewendet, worauf Bundes-Execution erfolgte.

Am 1. Juli 1851 erklärte eine vom Gesammtstaatsministerium contrasignirte kurfürstliche Verordnung [2]):

„Auf Veranlassung der beiden Commissäre von Oesterreich und Preußen, als den durch Bundesbeschluß vom 11. v. M. dazu bevollmächtigten hohen Regirungen, nämlich des k. k. östr. F. M. L. Grafen v. Leiningen-Westerburg und des K. preuß. Staatsministers Uhden, und nach Anhörung unseres Gesammtstaatsministeriums thun wir kund: da [3]) ..... die durch den §. 108 der Verf.-Urk. vorgeschriebene Befolgung gehörig contrasignirter Verordnungen von einer Beurtheilung Seitens der Staatsbehörden abhängig sein soll, ob nicht das dadurch Angeordnete der Form eines Gesetzes bedürfe, gegen eine solche Auslegung aber schon die Allgemeinheit der Vorschrift des §. 108. streitet, mithin die Nothwendigkeit einer Erläuterung des erwähnten §. der Verf.-Urk. vorliegt: so werden unter Vorbehalt der weitern bei der definitiven Regulirung der kurhessischen Verfassungsverhältnisse zu erlassenden Anordnungen (die §. 61 und) §. 108 der Verf.-Urk. erläutert, wie folgt:" —

---

[1]) Vergl. „Zur Würdigung der Denkschrift", S. 77 f.

[2]) Abgedruckt z. B. in der allg. Zeitung v. J. 1851. Nr. 187. S 2978.

[3]) Hier ist eingeschaltet die Veranlassung zu der in der nämlichen Verordnung enthaltenen Interpretation des §. 61. der Verf.-Urkunde.

Digitized by Google

Nun wird im Sinne der Bundes-Commissäre die von uns festgehaltene Bedeutung der Contrasignatur entwickelt.

Die faktischen Verhältnisse, welche sich an die Verordnung knüpfen, sind bereits erörtert worden.

Hier ist zuvörderst die Rechtsbeständigkeit des Bundesbeschlusses vom 21. Sept. zu prüfen, welcher vorzüglich von B. W. Pfeiffer [1]) und H. A. Zachariä [2]) angegriffen, von Staatsrath v. Linde im Archiv für das öffentliche Recht des deutschen Bundes [3]) vertheidigt wurde; zweitens muß die rechtliche Bedeutung erörtert werden, welche die vorstehenden Erlasse für unsere Controverse beanspruchen.

Wir unterscheiden, um die erstere Frage zu beantworten die Zeit vor und nach Eintritt der Unionsstaaten in die reactivirte Bundesversammlung.

Unmittelbar nach der Bekanntmachung des Bundesbeschlusses rief derselbe ungewöhnliches Erstaunen und große Entrüstung [4]) hervor, zumeist gegen v. Linde als Berichterstatter für die kurhessische Angelegenheit und Verfasser zugleich der erwähnten Abhandlung.

„Vielleicht — erklärt Zachariä — hätte ich die Veröffentlichung der blos staats- und bundesrechtlichen Deduction

---

[1]) Zur Würdigung des Bundestagsbeschlusses v. 21. Spt. 1850., den dermaligen Conflict der kurhess. Regirg. mit den Ständen über die Steuerfrage betreffend. Von B. W. Pfeiffer. Cassel, 1850.

[2]) Die Rechtswidrigkeit der versuchten Reactivirung der i. J. 1848. aufgehobenen deutsch. Bundesverf. Von H. A. Zachariä. Göttingen, 1850. Einleitg. — Vergl. Boden, Zur Kenntniß u. Charakteristik Deutschlands in seinen Rechtszuständen während der letzten Jahrzehente. 1856. S. 481. 490.

[3]) I. Heft. Betrachtungen über die wichtigsten Fragen der Gegenwart ꝛc. (v. Linde), und Zachariä's und Pfeiffer's Würdigung und Rechtswidrigkeit der Reactivirung der Bundesversammlung und des Bundesbeschlusses v. 21. Septemb. 1850. Frankf., 1850.

[4]) Vergl. Pfeiffer, a. a. O., S. 170 flg.

Digitized by Google

unterlassen, dem Frankfurter Attentat gegenüber mich mit der Erwägung beruhigend, daß es doch unnöthig sein dürfte, bei hellem Tage zu beweisen, daß es nicht Nacht sei, wenn nicht vor Kurzem das I. Heft „des Archivs für das öffentliche Recht des deutschen Bundes" in die Welt geschickt worden wäre, welches in einer Thatsachen und Rechtssätze entstellenden Weise die Fortexistenz des im Jahre 1848 aufgehobenen Bundestags zu beweisen versucht und sogar mit der anmaßlichen Behauptung eingeleitet wird, es sei endlich an der Zeit, daß die deutsche Rechtswissenschaft ihren alten Ruf rette. Glücklicherweise für den Verfasser können sich J. J. Moser u. Pütter nicht im Grabe aufrichten, um gegen die von ihm intendirte Rettung zu protestiren."

Gräfe meint, die Bundesversammlung selbst habe sicherlich nicht gehofft, daß ihr Beschluß in Kurhessen und namentlich von den kurhessischen Gerichten als ein zu Recht bestehender anerkannt werde [1]).

Man behauptet nämlich:

1) Eine Bundesversammlung existirt nicht mehr. Beschlüsse eines sich so nennenden Vereins deutscher Souveräne sind als solche ohne verbindliche Kraft [2]).

2) Der Beschluß der ehemaligen Bundesversammlung vom 28. Juni 1832, auf welchen in dem sog. Bundesb. vom 21. Sept. Bezug genommen wird, kann die Rechtsbeständigkeit des letztern selbstständig nicht begründen, da derselbe nicht unter den von der ehemaligen Bundesversammlung selbst noch zur Zeit ihres rechtlichen Bestandes förmlich aufgehobenen Ausnahmsbeschlüssen mit begriffen ist [3]).

3) Die in dem Bundesbeschlusse vom 21. Sept. enthaltene Behauptung, daß in Kurhessen ein zur Anwendung der

[1]) Gräfe, a. a. O., S. 152. Vergl. a. S. 149.

[2]) Vergl. Pfeiffer, a. a. O., S. 8—12., Zachariä, a. a. O., S. 1 ff.

[3]) Vergl. Pfeiffer, a. a. O., S. 22.

Digitized by Google

Art. 25 u. 26 der W. Schlußacte nach ihrer in dem B.-B. vom 28. Juni 1832 gelegener Auslegung geeigneter Fall der Steuerverweigerung vorliege, beruht auf irrigen Voraussetzungen [1]).

4) Nach dem B.-B. vom 26. Nov. 1834 soll der Intervention des Bundes die Betretung des Rechtsweges vor dem Bundesschiedsgericht vorhergehen [2]).

5) Sogar nach der im B.-B. vom 21. Sept. citirten Wiener Schlußacte ist schon das Anrufen der Bundesintervention von Seite eines Souveräns durch die vorangegangene Erschöpfung der verfassungsmäßigen und gesetzlichen Mittel zur Beseitigung des Conflikts bedingt. Der Weg, die Ueberzeugung von jener stattgefundenen Erschöpfung zu gewinnen, ist von der Bundesversammlung nicht eingeschlagen worden [3]).

Seit 1851 haben sich die Verhältnisse folgendermaßen geändert:

Nachdem Preußen gegen H. A. Zachariä's Prophezeihung schon am 27. März den Unionsregirungen seine Ueberzeugung von der Nothwendigkeit, die Bundesversammlung zu reactiviren, ausgesprochen hatte: zeigte es derselben Mitte April seinen am 12. Mai 1851 stattfindenden Wiedereintritt in den Frankfurter Bundestag an. Theils vor [4]), theils mit [5]), theils nach [6]) Preußen erschienen auch die übrigen Gesandten.

---

[1]) Vergl. Pfeiffer, a. a. O., S. 14 flg.

[2]) Derf. S. 27. u. dagegen Augsb. A. Zeitg. 1850. Beil. zu Nr. 313. S. 5004.

[3]) Derf., a. a. O., S. 23.

[4]) Baden, Nassau, Reuß, die freien Städte.

[5]) Schwerin.

[6]) Die großh. u. h. sächs. Häuser, Braunschweig, Oldenburg, die Anhalt, Schwarzburg und Lippe.

Digitized by Google

Die Bundesversammlung existirt faktisch. Ihre Beschlüsse genießen rechtliche Geltung. Somit ist ihre faktische Existenz als eine rechtliche in allen Bundesstaaten anerkannt.

Die Frage beschränkt sich also darauf, ob die nach den Dresdener Conferenzen eingetretenen Staaten die bisherigen Beschlüsse der Bundesversammlung anerkennen müssen? In der Bundesversammlung selbst wurde die Frage umgangen.

Es soll allerdings von Preußen der Wunsch ausgesprochen worden sein, die Numerirung der Bundesprotokolle von derjenigen Sitzung anzufangen, an welcher der preußische Gesandte erstmals Theil genommen. Einer solchen Forderung nachzukommen, war den bisher in der Bundesversammlung vertretenen Regirungen ohne Aenderung des ganzen politischen Standpunktes unmöglich, weßhalb preußischer Seits das Verlangen aufgegeben wurde. Das Protokoll der Sitzung vom 14. Juni 1851, an welcher Preußen sich zum erstenmal betheiligte, führt die Nr. 7 als Zahl der jüngsten Sitzung jenes Jahres. Gerade in der Anerkennung des neuesten Protokolls als des siebenten liegt aber die concludente Handlung, aus welcher die Anerkennung der Rechtsbeständigkeit der sechs frühern Protokolle geschlossen werden muß.

Das Resultat ist, daß der Bundesbeschluß vom 21. Sept. 1850 durch sämmtliche Bundesregirungen als zu Recht bestehend anerkannt wird. Was als zweifelhaft vor dem Eintritte der Unionsstaaten erscheinen mochte, kann seit dem Erfolg und auf Grund desselben keinem Anstande mehr unterliegen.

Auch das kurhessische Oberappellationsgericht bejahte einstimmig am 18. Dec. 1851 folgende Fragen [1]):

1) „Ist anzunehmen, daß, wenn die beiden hier anwesenden Commissäre (v. Leiningen und v. Peucker) officiell erklären, auf Grund der Olmützer Conferenzbeschlüsse, in Beziehung auf

[1]) Gräfe, a. a. S., S. 274 flg.

die dermalige kurhessische Angelegenheit, in Vertretung der sämmtlichen Regirungen Deutschlands zu handeln, sie in dieser Hinsicht als Organ des Gesammtwillens der deutschen Regirungen zu betrachten sind?

2) „Sind die von den ebengedachten Commissären ausgehenden Erlasse hinsichtlich der vorläufigen Regulirung der kurhessischen Angelegenheit als rechtsverbindliche provisorische Normen zu betrachten?"

Ob aber wirklich bis zu jenem Zeitpunkte die Beschlüsse der Bundesversammlung nicht zu Recht bestanden und erst durch die Anerkennung der wiedereingetretenen frühern Mitglieder förmliche Bundesbeschlüsse wurden, — ist eine Controverse von rein historischem Interesse, welche mit der jetzt zu beantwortenden Hauptfrage in keinem Zusammenhange steht [1]).

---

[1]) Trotz des vielen aufgewandten Scharfsinns hat H. A. Zachariä seine etwas derbe Polemik gegen Herrn v. Linde nicht ganz begründet.

(Forts. folgt.)

Digitized by Google

XI.

Das Verkaufsengagement und die Bedingnisse.

Von

Herrn Dr. Th. Brackenhoeft,

Prof. in Heidelberg.

---

§. 1.

Das Geschäft, welches man den Kauf auf Besicht oder Probe nennt [1]), ist eine Kaufberedung, welche sich zerschlagen soll, wenn der Kaufgegenstand dem Käufer nicht gefällt. Faßt man die Uebereinkunft oder das Bedingniß (Gedinge) über die Wirksamkeit der Beredung, als eine eigentliche Bedingung auf, so ergibt sich die Möglichkeit von zwei verschiedenen Gestaltungen derselben. Es kann die Meinung die seyn: daß der Effect verschoben sey, bis das Gefallen des Käufers zur Erscheinung gekommen ist; oder aber die: daß der eingetretene Effect durch die Erscheinung des Mißfallens des Käufers wiederum vertilgbar sey. Die Bedingung kann suspensiv, sie kann aber auch resolutiv seyn, wie man sagt. Jener s. g. suspensiven Bedingtheit stellt sich indeß die Bedenklichkeit entgegen,

[1]) So im Entwurfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches art. 316 (des zweiten Entwurfs).

Digitized by Google

daß die Erscheinung des Gefallens des Käufers an dem Kaufgegenstande eine Willenserklärung desselben in sich trägt, die mit derjenigen Willenserklärung, deren Unwiederruflichkeit Voraussetzung des Kaufschlusses ist, zusammenfällt. Jene Erklärung des Gefallens, zu dem Zwecke, sich dadurch zur Zahlung eines Kaufpreises zu verbinden, fällt zusammen mit der Erklärung, den Gegenstand um einen Preis kaufen zu wollen. Ist demnach jene noch von der Willkühr des Kauflustigen abhängig, so ist auch diese noch nicht unwiderruflich und stäte geworden. Es liegt ferner in der Natur der Sache, daß von dem Bedingnisse, welches einen Vertrag bildet, sich das Bedingniß, welches dessen Bedingung bilden soll, als eine solche nur unterscheiden kann, wenn jenes als ein stätiges, dieses aber als ein mit ihm verbundener Ausgangspunkt einer Unstätigkeit erkennbar ist [2]). Die Aussprüche des römischen Rechts stimmen damit überein, indem nach ihnen solche Bedingungen, welche die Erfüllung der dem Theilhaber eines Rechtsgeschäfts durch dasselbe zugewiesenen Verbindlichkeit, von dessen Willkühr (seinem: velle) abhängig machen, das Rechtsgeschäft selber vernichten [3]). Es wird dies ebenfalls in Ansehung solcher Bedingungen ausgesprochen, die diese Erfüllung von einer Willenserklärung desselben über ein anderes Verhältniß abhängig machen, sofern nicht ein Maaß von Merkmalen, als Ausgangspunkt der Nothwendigkeit einer solchen Erklärung, festgesetzt ist. So hinsichtlich der Verbindlichkeit des Verkäufers [4]). Jene Aussprüche unterscheiden aber

---

[2]) Die Stätigkeit des erstern im Gebiete der Wirklichkeit, von der Unstätigkeit in der Wirksamkeit unterscheidbar ist: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 111 ff. 136 ff. 154 ff.

[3]) L. 8. D. de oblig. et act. 44. 7. L. 17. L. 46. §. 3. L. 108. §. 1. D. de verbor. oblig. 45. 1. L. 43. §. 3. D. de legat. I. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 157.

[4]) Wenn er seinen Sklaven auf den Fall verkauft hat, daß derselbe ihm nach seinem Gefallen (arbitrium) Rechnung abgelegt haben werde: L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1.

Digitized by Google

von einer solchen Erklärung, die jedem möglich ist, der als thätiges Rechtssubject existirt, eine bedungene Abhängigkeit von einer Willenshandlung, die nicht bloße Erscheinung einer Willensbestimmung [5]), sondern eine Ausführung einer solchen in der Körperlichkeit ist, und daher von der Möglichkeit abhängt, etwanige Hindernisse derselben körperlich zu überwinden. Sie erkennen deren Ausführung als geeignet an, Bedingung von Aneignungswirkungen zu seyn [6]). Sie haben aber nicht dabei auch noch gesagt, daß sie eine solche Unterscheidung machen. Man hat daher neuerdings auch diesen Unterschied bestritten [7]), und als Zeugniß für die Möglichkeit eines durch das Gefallen des Käufers suspensiv bedingten Kaufes eine Institutionenstelle aufgestellt [8]), die dahin lautet:

---

[5]) Die an und für sich selber nichts weiter hervorruft, als ihr eignes Daseyn: Haimerl's Magazin f. Rechts- und Staatswissenschaft XIII. S. 323 ff.

[6]) So, die Bedingung: si Capitolium ascenderis. L. 68. D. de hered. inst. 28. 5. L. 52. D. de condit. et demonstr. 35. 1. L. 115. D. de verbor. oblig. 45. 1.

[7]) Fitting: Zeitschr. f. d. gesammte Handelsrecht II. S. 233 ff. 236 f. 238 ff. Dahingegen haben die römischen Aussprüche das: velle, welches in jener Willenshandlung liegt, dem ausdrücklichen: velle, welches durch Willenserklärung zu erfüllen ist, als dem expressum entgegengesetzt. Aber doch nicht, weil es expressum ist, sondern deshalb, weil das expressum, sofern es ein: velle, ist, die Stätigkeit vernichtet, deren das Rechtsgeschäft zu seiner Wirklichkeit bedarf, und dieses Geschäft in die Urheberschaft eines andern verlegen würde, der dessen Urheber nicht zu seyn vermag. Bei der Willenshandlung ist das: velle, nur Ausgangspunkt, und bricht in der Willensäußerung ab. Bei der Willenserklärung dahingegen, setzt es sich in der Willensäußerung fort. Wo aber beide gleichgestellt werden, da ist die Ursache die, daß ein Ausgangspunkt der Nothwendigkeit des: velle, ermittelt ist, so im arbitrium boni viri: L. 1. D. de legatis II.

[8]) Von Goldschmidt: Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. I. S. 112; nemlich §. 4. J. de emt. 3. 23. In der daneben gestellten L. 20. §. 1. D. de praescr. verb. 19. 5, ist ausdrücklich von einem zu schließenden zukünftigen Kaufe die Rede.

Digitized by Google

„Emtio tam sub conditione, quam pure contrahi potest; sub conditione, veluti si: Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureis tot.“

Ob die conditio suspendirend oder resolvirend sey, ist hier nicht gesagt. Ist der Kauf mit der hier ausgesprochenen Erklärung schon geschlossen, so kann sie zwar nicht resolvirend seyn, aber es kann in Folge derselben der Käufer den Kauf durch Unterlassung seiner Genehmigung oder Erklärung seines Mißfallens resolviren. Ist aber der Kauf damit nicht geschlossen, so kann nur er selber suspendirt seyn, und in diesem Falle ist er noch überall nicht stäte und vorhanden, und kann demnach auch noch überall keine Bedingung haben. Der Verfasser jener Stelle sagt aber auch nicht, daß die emtio sub conditione perficirt sey, sondern nur, daß sub conditione contrahirt werde (erit emtus), also daß der Contract noch unstät sey. Es steht noch in der Willkühr des Käufers, ob er den Kaufpreis schuldig seyn wird. Es ist ferner die Beschränkung dieses Zustandes auf einen bestimmten Zeitraum, ein Moment, welches seiner Dauer Abbruch thut, und nur für die Unwirksamkeit, nicht aber für die Wirksamkeit einer ihm etwa inwohnenden Aneignungskraft Ausgangspunkt seyn kann. Um das Daseyn oder den Mangel einer solchen Kraft in jenem Zustande zu erkennen, wird es daher nothwendig, ihn ohne diese Beschränkung in's Auge zu fassen.

§. 2.

Die Verschiedenheit jenes Zustandes, je nach der Verschiedenheit der beiden Fälle der Bedingtheit, kann nur die seyn, daß im Falle der suspensiven Bedingtheit der Verkäufer die Klage auf Zahlung des Kaufpreises noch gar nicht gebrauchen kann, so lange der Käufer noch nicht sein Gefallen erklärt hat, während im Falle der resolutiven Bedingtheit dies anders ist. Wenn nämlich das Geschäft ein resolutiv bedingter Kauf ist, so hat der Verkäufer so lange, als der Käufer sein Mißfallen

Digitized by Google

nicht erklärt, eine brauchbare Klage auf den Kaufpreis. Ist es aber suspensiv bedingter Kauf, so muß der Verkäufer den verkauften Gegenstand dem Käufer gleichsam auf dem Präsentirteller halten oder ihn als anvertrautes Gut unverwerthet in dessen Händen lassen, so lange es diesem beliebt, seine Erklärung zu verschieben, ohne etwas anderes zu haben, als eine Hoffnung, einmal dafür den Preis zu erlangen; die er ohne eine solche Beredung ebenfalls, und überdieß ohne die genannte Belästigung, gehabt haben würde. Im Falle der resolutiven Bedingtheit dahingegen, kann er diese Belästigung sofort durch den Gebrauch jener Klage beseitigen, sofern nicht der ganze Zustand vor der Rechtshängigkeit, im neuesten römischen Rechte der Zustellung der Klage zur Antwort [1]), dadurch untergegangen ist, daß der Käufer sein Mißfallen erklärt hat. Hat dieser den verkauften Gegenstand nicht in Händen, so bietet der Verkäufer ihm denselben an. Die Erklärung des Käufers, daß ihm derselbe mißfalle, kann jetzt nicht länger verschoben werden, wenn sie ihn befreien soll [2]). Den dilatorischen Einwand der verfrüheten Klagestellung hat er nicht, weil die Wirkung des Kaufs nicht suspendirt ist. Kann er demnach seine Mißbilligung nicht zur peremtorischen Vertheidigung gebrauchen, so wird sie unbrauchbar. Verurtheilung stellt ihn schutzlos gegen die Zahlung des Preises, und ist auf deren Grund gezahlt, so ist auch ex causa venditi gezahlt, und die Rückforderung ausgeschlossen, auch wenn der Verkäufer den verkauften Gegenstand nicht erlangt hat, und es steht seiner Klage ex emto auf Uebergabe desselben, die exceptio rei judicatae entgegen. Denn es ist, nach römischer Prozeßweise, das ganze Contractsverhältniß in judicium deducirt, und mit der Condemnation zur Zah-

---

[1]) L. 4. C. de in jus voc. 2. 2. L. 1. §. 1. L. 3. C. de annali exc. 4. 40. Nov. 112. c. 1. L. 2. L. 4. C. de litigios. 8. 37.

[2]) Von dem Falle eines besondern klagbaren pactum displicentiae ist hier nicht die Rede.

Digitized by Google

lung des Kaufpreises jene exceptio beiden Theilen in Ansehung des ganzen Contractsverhältnisses erworben. Würde aber der Richter auf Verlangen des Käufers dem Verkäufer die Bestellung einer cautio (im römischen Sinne) wegen der Lieferung des verkauften Gegenstandes auferlegen, wie der römische Prozeß es in ähnlichen Lagen gestattet [3]), so würde diese doch nie eine Fortdauer seiner Obliegenheit zur Diligenz eines Verkäufers begründen können. Daß der Richter sie überhaupt nicht auferlegen würde, kann hier ganz bei Seite gesetzt werden. — Die Auflegung einer cautio für die Rückzahlung des Preises an den Käufer, auf den Fall der Erklärung des Mißfallens oder der Mißbilligung von Seiten desselben, in Verbindung mit jener Verurtheilung, würde aber das Daseyn der Verurtheilung selber in einen bedingten Zustand versetzen. In Folge davon würde die Verurtheilung bis zur Billigung nichtig [4]), und der Effect einer solchen Bedingung ein aufschiebender seyn. Wollte man aber um die resolvirende Wirkung zu erhalten, das Verhältniß in Beziehung auf die Berechtigung des Verkäufers als unklagbares pactum betrachten, so würde sie in eine Auflösung übergehen, die durch willkührliches Aufgeben des Käufers herbeigeführt würde.

§. 3.

Könnte man ausgehen von dem Grundsatze: pacta sunt servanda, so würde sich die Sache dadurch erledigen, daß jedenfalls ein bindender klagbarer Vertrag vorhanden, und in Folge davon es für die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts ganz gleichgültig sey, ob es ein Kauf genannt werden dürfe, oder etwa als ein besonderes pactum von dem Kaufe unterschieden werden müsse. Der Zweck dieses Vertrages wäre dann: den Kauf eines Gegenstandes durch die freie Genehmigung des Käufers

---

3) M. Erörterungen zu v. Linde's Lehrbuch des Prozesses S. 369 f.
4) Ebendaselbst S. 472 f. not. 17.

Digitized by Google

herbeizuführen. Dieſer Zweck wäre nach der Beſchaffenheit des Vertrages, der Vereitelung durch Verſagung jener Genehmigung preisgegeben. Die Auflöſung des Vertrages aus dieſem Grunde, wäre daher keineswegs Folge einer Bedingtheit deſſelben, ſondern Folge der Abwickelung des Geſchäfts, nach den Bedingniſſen, welche ſeine Beſtandtheile bildeten. Im römiſchen Rechte ſteht die Sache aber anders. Es wirft hier ſich die Frage auf: wie es kommt, daß ein Kauf, alſo ein negotium und contractus, gefunden wird, wo nur ein zu einem bloßen pactum geeigneter consensus gegeben iſt [1]). Daß ein Verſprechen der fraglichen Art, aufgefaßt als Verkaufsofferte, nach römiſchen Rechte deßhalb verbindend ſey, weil der Kauf ein bonae fidei negotium, und es ein dolus ſey, wenn der Offerent nach der Annahme dieſer Offerte von Seiten des andern Theils, erkläre, daß er vor derſelben die Offerte zurückgezogen habe, wie neuerdings angenommen worden [2]), führt zur Anwendung der Grundſätze eines bonae fidei negotium, ehe noch ein ſolches da iſt [3]). Faßt man die Urgeſtaltung des Kaufgeſchäfts

[1]) Auch eine dem pactum beigelegte Klagbarkeit, ſey es auch durch lex, ändert den Grundſatz nicht: „nuda pactio obligationem non parit“: L. 7. §. 4. D. de pactis 2. 14. Daß hier: nuda pactio, nicht als Gegenſatz zum klagbaren pactum genommen iſt, ſondern als Gegenſatz zu einem Vertrage mit einer civilis causa, einem contractus, und: obligatio, als: civilis obligatio, zeigt der übrige Inhalt des Fragments; namentlich in den Worten: „ne ex pacto nascatur actio.“

[2]) Von Fitting, a. a. O., II. S. 230 ff.

[3]) Zwar ſollen L. 14. §. 5. D. de divers. temp. 44. 3. mit Gaj. J. II. 64. u. L. 2. C. si aliena res pign. 8. 16; ſchlagend für eine ſolche Anwendung ſeyn. Allein ſie handeln von der Macht des Pfandgläubigers, eintretenden Falls das Pfandſtück eben ſo wirkſam zu verkaufen, als der Pfandſchuldner, oder der Eigenthümer, welcher zum Zwecke des Betruges gegen den Pfandgläubiger dieſen über ſein Eigenthumsrecht getäuſcht, es vermogt. Und die ebenfalls angerufene L. 20. pr. §. 1. D. de praescr. verb. 19. 5; macht den Gebrauch der actio venditi davon abhängig, daß der Kauf ungeachtet der Auflösbarkeit deſſelben durch Displicenz des Käufers perfect geworden.

Digitized by Google

im römischen Rechte, die mancipatio, in's Auge, so tritt im Abschließen dieses Geschäfts der Käufer allein als thätiger Urheber auf, und es schließt sich ab, indem der Verkäufer seinem auf den Kaufgegenstand gerichteten Aneignen um den Preis, keinen Widerstand entgegensetzt[4]). Er bedarf daher zum Erwerbe des Eigenthums an jenem Gegenstande keiner Tradition, sondern es genügt, daß er das aes gibt, welches als Kaufpreis gilt. Die Gestalt des Geschäfts ist die, daß der Käufer den Verkäufer von jenem Gegenstande absondert, und dadurch ihm gegenüber sich freien Raum für die Zusonderung desselben schafft[5]). Diesen Raum gewinnt er schon dann, wenn der Gegenstand durch den Geschäftsabschluß von anderen unterscheidbar, und in diesem Sinne ein bestimmter geworden ist. Es ist diese Absonderungskräftigkeit der Preiserscheinung dasjenige, wodurch der Kaufcontract bereits die Aneignungswirkung in sich trägt, die auch nachdem bei veränderter Form desselben der Uebergang des Eigenthums des Kaufgegenstandes in die Tradition verlegt ist, den Uebergang des periculum und commodum auf den Käufer, in dem Contractsschlusse festhält[6]). Erwirbt der Käufer auch durch den

---

4) Das Zeugniß dafür, bei Gaj. J. I. 119. II. 104; hat so lange Anspruch auf Beachtung, als nicht nachgewiesen ist, daß Gajus das Wesentliche des Geschäfts verschwiegen, oder die spätere Entwickelung der Rechtsgeschäfte von jedem Einflusse seiner Bedeutung abgeschieden gewesen. Jene Gestalt der mancipatio, theilt, mit Hinweglassung des Preises und was ihm angehört, die in jure cessio mit ihr: Gaj. J. II. 24.

5) Diese Absonderungskräftigkeit des einseitigen Aneignens, als Ausgangspunkt des Eigenthumserwerbes, spricht sich aus in dem: „maxime (Romani) sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent“: Gaj. J. IV. 16. Wie weit aber von ihr die Idee der Gewaltthätigkeit, welche man neuerdings daraus für den Eigenthumserwerb hat ableiten wollen, in der römischen Anschauung davon entfernt ist, zeigt sich in der Urherrschaft der aequitas: Haimerl's Mag. XVI. S. 392 ff.; und der Grundgestaltung des römischen Eigenthums: Gerichtssaal IX. 2. Sff. 43 244. 24. 40. f

6) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 145 f.

Digitized by Google

Abschluß des Kaufes kein Eigenthum, so erwirbt er doch die causa der Haftung des Verkäufers für das habere licere des bezeichneten Kaufgegenstandes, die durch Zahlung der Preissumme vermittelt von der Tradition ihren Ausgang nimmt [7]), also re begründet wird. Es bleibt daher diese Zahlung, welche die Evictionshaftung vergilt [8]), eine zweite Stufe des Geschäfts, wie sie eine solche neben dem Geben des aes gebildet. Indem dieses dicis causa geschieht, nemlich um des Beredeten willen, wird dieses aes der Werth, welcher jene Absonderungskraft trägt [9]). Das aes trägt die Bedeutung einer res, deren Empfang den Verkäufer re obligirt. Real- und Consensualcontracte sind hier in ihrem rechtlichen Keime ungeschieden. Nach dem Untergange des Gebrauches des aes, bildet der consensus die erste Stufe [10]). Es wird aber die Realität festgehalten darin,

---

[7]) (traditio) „evictionis nomine venditorem obligat; si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum": L. 11, §. 2. D. de act. emti 19. 1.

[8]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz., a. a. O., Archiv. f. deutsch. Wechselrecht II. S. 124 f. not. 13.

[9]) Es wird gegeben: „velut pretii loco": Gaj. J. I. 119. II. 104. Nehme man nun das aes als Scheinpreis, oder als Erscheinung des Preises, so bleibt immer das gewiß, daß das Geben desselben die rechtliche Verrichtung der Preiszahlung hinsichtlich des Eigenthumserwerbes trägt. Denn die mancipatio hat eben die Verrichtung, diesen Erwerb zu vermitteln. Ferner ist: pretium=aestimatio: L. 1. L. 8. D. de in lit. jur. 12. 3. L. 1. §. 2. D. praescr. verb. 19. 5. L. 1. §. 21. D. de tut. et rat. distr. 27. 3.

[10]) Er tritt, aber mit geschwächter Aneignungskraft, an die Stelle der ersten der beiden Preisgaben, die den Werth zur Erscheinung bringt: ob. not. 9. Stellt man dem aes zur Seite das Weinkaufsgeld oder den Gadespfennig des deutschen Verkehrs, so ergibt sich ebenfalls ein Doppelpreis. Allerdings hat dieser Weinkauf nie den Eigenthumserwerb vermittelt, sondern nur die Verrichtung getragen, den Kauf zu stätigen, und den Verkäufer in das Verhältniß des gewerungspflichtigen Auctors: m. Grundlagen d. gem. deutsch. Rechts §. 14. not. 28 ff. §. 15. not. 20 ff., zu setzen: Stadtrecht v. Flensburg v. 1284, §. 38; v. Ripen v. 1269, §. 55; v. Hadersleben v. 1292, §. 30. 32; v. Schleswig, ält. §. 51; neueres §. 67; v. Kopenhagen

Digitized by Google

daß die Preissumme so bedeutend seyn muß, daß sie nicht als bloße Preiserscheinung, sondern als Sitz einer res sich darstellt [11]), ohne deren Berichtigung das Eigenthum des Kaufgegenstandes nicht übergeht [12]). Sie wird andererseits festgehalten darin, daß deren Stücke, die nummi, ebenso wie beim Darlehn, in das Eigenthum des Käufers gebracht werden müssen [13]). Es wird eine Summe römischen Staatsgeldes gefordert, um den Kauf vom Tausche zu scheiden und dem Preise einen Kauf-

---

v. 1294, §. 102; Erichs v. Pommern 104, u. v. 1443. III. 18; Dänisches Stadtr. d. Königs Christoph §. 3; d. Königs Hans §. 87; bei Kolderup Rosenvinge: gamle danske Love V; Marktrecht v. Haskerland 2; b. v. Richthofen: altfries. Rechtsquellen. Stadtrechte v. Hamburg v. 1270, VI. b. Lappenberg: Hamburg. Rechtsalterth., v. Stade V. 26; l. Pufendorf: obss. adp. I. p. 163 ff.; v. Hildesheim 152; ibid. V. p. 287 ff.; v. Lübeck, b. v. Hach: d. alte Lübische Recht, C. II. 117.: v. Schwerin, b. Westphalen: mon. ined. I. 2032; v. Braunschweig v. 1232, III. 41; b. Leibnitz: se riptt. rer. Brunsc III.; vermehrter Sachsensp. II. 17, 1 oder (b. Ortloff: Samml. deutsch. Rechtsq. I.) III; 13, 2; Stadtr. v. Leobschütz, b. Böhme: Diplom. Beiträge II. 24; v. Nordhausen 18, b. Förstemann: n. Mittheil. III. 1. S. 39; v. Freiberg 18, 6. l. Schott: Sammlung d. deutsch. Land- und Stadtr. II; v. Passau v. 1225, §. 31; b. Gengler: Stadtr. d. M. A; v. Wien, bei Rauch: scriptt. rer. Austr. III. p. 177 sqq. Es wird daher der zweite Preis, oder die Kaufsumme, hier Ersatz für den Kaufgegenstand: Archiv. f. deutsch. Wechselr. II. S. 134. f. not. 13.

[11]) L. 36. L. 38. D. de contr. emt. 18. 1. L. 8. C. eod. 4. 38. mit L. 46. D. locati 19. 2. Man nennt dies gewöhnlich die veritas pretii. Wenn man daneben noch fordert, daß das pretium ein justum sey, so ist das für die Gültigkeit des Kaufes ganz gleichgültig, und nur für Abwendung der Rescission desselben von Bedeutung: L. 2. L. 8. C. de rescind. vend. 4. 44.

[12]) §. 41. J. de rer. div. 2. 1. L. 11. §. 2. D. de tribut. act. 14. 4. L. 19. D. de contrah. emt. 18. 1; und L. 11. §. 2. D. de act. emti 19. 1; welche letztere Stelle den Anspruch auf Evictionsleistung in gleicher Weise bedingt: ob. not. 5.

[13]) L. 1. pr. D. de rer. permut. 19. 4. L. 11. §. 2. D. de act. emti 19. 1.

Digitized by Google

gegenſtand, die merx, dem Gelde das Gut gegenüber zu ſtellen [14]). Das würde überflüſſig ſeyn, wenn nicht dieſe Summe an die Stelle des alten römiſchen Geldes, des aes, zu treten, und deſſen Verrichtung zu übernehmen beſtimmt wäre. Es können aber nunmehr auch Gegenſtände, die weder mancipirt werden konnten, noch tradirt werden können, Kaufgegenſtände werden, nemlich die nomina: Forderungen und Erbſchaften [15]). In dieſer Geſtalt des Kaufes, ſteht ſelbſt die einſtweilige Ungewißheit ſeines Gegenſtandes ſeinem Abſchluſſe nicht entgegen, wie bei der emtio de re sperata und der emtio spei es ſich zeigt [16]). Bei beiden iſt indeß der Mißbilligung des Käufers die auflöſende Kraft entzogen, welche ſie bei der in Frage ſtehenden emtio sub conditione contracta (§. 1. not. 8) an ſich trägt. Es ſteht aber dieſe Willkühr des Käufers allerdings einer aneignenden Kraft dieſer emtio, welche der Kaufcontract auch noch in der neuen Geſtalt bewahrt [17]), nicht entgegen. Als ihr Ausgangspunkt erſcheint das Werthmaaß im gegebenen Preisverſprechen. Denn es ſtellt, ſey es, wie beim Geben des aes durch die Waage, oder, wie beim Gebrauche der nummi, durch die Zählung gegeben [18]), die Richtigkeit der von ſeiner Zumeſſung an den Verkäufer ausgehenden Aneignung her, von welcher das Recht ſeine Stätigkeit und damit ſein Daſeyn empfängt [19]). Um aber die Beſchaffenheit der Bedingtheit jener emtio sub

---

[14]) L. 1. pr. §. 1. L. 7. §. 1. D. de contr. emt. 18. 1. §. 2. J. de emt. 3. 24. u. Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 202 ff.

[15]) L. 4. D. de V. S. L. 4. L. 6. L. 14. L. 19. L. 23. D. de hered. v. act. vend. 18. 4.

[16]) L. 8. §. 1. L. 39. §. 1. L. 78. §. 3. D. de contr. emt. 18. 1. L. 11. §. 18 f. L. 12. D. de act. emti 19. 1.

[17]) Zeitſchr. f. pract. Rechtswiſſenſch. IV. S. 76 ff. u. ob. not. 4.

[18]) Gaj. J. I. 122.

[19]) Zeitſchr. f. pract. Rechtsw. a. a. O. Haimerl's Mag. XVI. S. 392 ff. Gerichtsſaal IX. 2. S. 424 f. 432 ff. 440.

Digitized by Google

conditione zu erkennen, muß auch die andere Seite des Kaufes in's Auge gefaßt werden.

§. 4.

Der Kaufsabschluß, nemlich die Perfection des Kaufes, und der Uebergang des periculum auf den Käufer, sind Wirkungen, die gleichzeitig eintreten, und Unbedingtheit des Geschäfts voraussetzen, auch erfordern, daß der Kaufgegenstand, wenn er als res fungibilis in genere beredet worden, durch Zumessung u. s. w. zu einer species gestaltet ist [1]). Es kann aber der Uebergang des periculum durch Vertrag aufgeschoben [2]), und demnach auch von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht, und in Folge davon es in Ungewißheit gestellt werden, ob der vereinbarte Kaufpreis [3]) jemals zu zahlen seyn wird [4]). Es frägt sich aber: ob und in wie fern dadurch ein bedingter Kauf entsteht? Die mancipatio gehört zu denjenigen Geschäften, die nicht unter Bedingungen, oder bedingt, sondern nur mit Bedingungen oder Bedingnissen [5]) geschlossen werden können. Die Bedingungen vernichten das Geschäft, wenn sie hinzugefügt werden, sie können aber in dasselbe aufgenommen werden [6]). Es kann also das Geschäft nur entweder unbedingt abgeschlossen seyn, oder auch gar nicht seyn. Es kann aber unbedingt abgeschlossen, und dabei bedungen seyn, daß die Wirkungen desselben nicht eintreten, wenn irgend ein ungewisser Umstand eintritt oder nicht eintritt. Unser Fall der emtio sub condi-

---

[1]) L. 8. pr. D. de peric. et comm. r. v. 18. 6.

[2]) L. 35. §. 1. D. de contr. emt. 18. 1. L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. 18. 5.

[3]) Uebergabe explorandi pretii gratia, begründet nur actio in factum praescriptis verbis: L. 1. §. 2. D. praescr. verb. 19. 5.

[4]) L. 10. pr. D. de peric. et comm. r. v. 18. 6. L. 5. C. eod. 4. 48.

[5]) S. Haimerl's Mag. XIV. S. 329.

[6]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 125 ff.

Digitized by Google

tione (§. 1. not. 8) stellt sich von diesem Standpunkte aus demnach so: der Kauf ist unbedingt geschlossen, wenn aber der Käufer den Preis nicht zahlen will, so ist es so, als ob der Verkäufer erfüllt hätte. Mag nun aber die Bedingung dem Geschäfte hinzugefügt, oder als Bedingniß in dessen Gestaltung aufgenommen seyn, so tritt immer ein Dualismus hervor, nemlich eine Verschiedenheit zwischen dem Daseyn des Geschäfts und einer Wirksamkeit desselben. Das Daseyn des Geschäfts trägt ein Vertheidigtseyn der Wirksamkeit seiner Bestimmungen in sich. Es kann dieses Vertheidigtseyn bereits Gegenstand der Aufhebung durch Leistungen werden, welche von der Erfüllung dieser Bestimmungen befreien [7]). Es ist aber das Geschäft nicht geeignet einer Forderung der Erfüllung zum Ausgangspunkte zu dienen, so lange die Bedingung oder das Bedingniß nicht erledigt ist. Es kann also zur Grundlage einer Verurtheilung zu jener Erfüllung nur dann sich eignen, wenn der Mangel einer Vertheidigung des Beklagten ihm gegenüber dazu genügt. Diese Geeignetheit hat aber mit dem Untergange der legis actio aufgehört [8]). Zur Grundlage einer Verurtheilung des Verkäufers eignet sich der Kauf erst dann, wenn derselbe auf den Mangel der Preiszahlung sich nicht berufen kann [9]). Vor der Genehmigung des Kaufgegenstandes von Seiten des Käufers kann aber dieser auch überall keinen andern Anspruch aus einer Vereinbarung der fraglichen Art haben, als

---

[7]) Es zeigt sich dies in der naturalis obligatio: s. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVI. S. 153 ff., die keiner andern Wirksamkeit entbehrt, als derjenigen, zu welcher es des Gebrauches einer Klage bedarf. Sie wird nie suspensiv bedingt: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 148 ff.

[8]) Womit auch eine auf das defendere gerichtete actio unbrauchbar wurde. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 130 ff. Haimerl's Mag. XVI. S. 392.

[9]) L. 13. §. 8. D. de act. emti 19. 1. L. 22. D. de hered. vend. 18. 4. L. 31. §. 8. D. de aed. ed. 21. 1. L. 14. §. 1. D. de furtis 47. 2.

Digitized by Google

den auf die Gewährung der Möglichkeit, den Kaufgegenstand zu prüfen, und den, der aus Vernachlässigung desselben von Seiten des Verkäufers entspringt. Beide Ansprüche erledigen sich aber ohne den Gebrauch einer Klage, sofern dem Käufer der Kaufgegenstand zum Zwecke der Prüfung übergeben ist, und zurückgehalten wird. Sofern man diesen Umstand voraussetzte, konnte die Frage: ob bereits eine Klage erworben sey? als gleichgültig erscheinen, so lange man von der Ansicht ausging, daß wegen Mangel der Preiszahlung ein Anspruch auf Evictionsleistung noch nicht bestehe, zu welcher die römischen Aussprüche sich hinneigen [10]).

§. 5.

Diese Zufälligkeit der Entbehrlichkeit der Klage, ist indeß kein befriedigender Grund dafür, das Verhältniß als einen klagbaren Contract anzusehen. Es trägt aber jedes obligatorische Verhältniß auch den Dualismus in sich, daß es einerseits einen Anspruch auf Erfüllung erzeugt, andererseits sein Daseyn eine causa ist, für den Erwerb des Stoffes, mit dem die Erfüllung bewerkstelligt wird [1]). In dieser Zweiung hat das obligatorische Verhältniß seinen Sitz außerhalb dieses Stoffes. Soll aber das Vertheidigtseyn seiner Wirksamkeit zum Gebrauche einer Klage und zum Ausgangspunkte einer Verurtheilung geeignet seyn, so muß diese Wirksamkeit bereits in einem der Vertheidigung empfänglichen Gegenstande eine Gegenwärtigkeit gewonnen haben. Dasjenige nun, in dem die künftige Wirksamkeit eines Stofferwerbes, einen in der Gegenwart schon ergreifbaren Gegenstand zu finden vermag, ist der Werth des Stoffes. In ihm finden die nomina (§. 3.

---

[10]) Oben §. 3. not. 5. 10. Es kann aber wegen drohender Eviction die Zahlung des Preises bis zur Bestellung einer cautio de praestanda, evictione zurückgehalten werden: L. 18. §. 1. D. de peric. et comm. r. v. 18. 6. L. 24. C. de evict. 8. 45.

[1]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 139. 150 ff. 175 ff.

Digitized by Google

not. 15) ihre Realität. Als Gegenſtand von Rechtsgeſchäften ſtellt der ungemeſſene Werth ſich dem Stoffe gegenüber als das Stück, welches den Sitz der Rechtlichkeit des Stoffaneignens bildet [2]). Das Gebiet in dem das Stück als Gegenſtand noch im neuern römiſchen Rechte vorherrſchend erſcheint, iſt das der Beerbungsverhältniſſe [3]). Stück und Stoff finden ſich hier noch in der Weiſe geſchieden, daß neben Stückeinheit eine aus einer aufgehobenen Stückvielheit übrig gebliebene Verſchiedenheit der Stoffmaſſen unterſchieden wird, und rechtlichen Einfluß übt [4]). Wer einen Stoff fordert, um ihn ſich anzueignen, vertheidigt deſſen Werth als den ſeinigen. Das bleibt ſo lange gewiß, als es einen Werth des Stoffes gibt. Eben ſo gewiß iſt es, daß der Werth des Stoffes in deſſen Gebrauchsgeeignetheit (utilitas) [5]) ſeinen Sitz hat, und daß der Träger dieſer Geeignetheit, des commodum, der Käufer iſt, ſobald der Kauf perfect geworden, und daß er in Folge davon auch gleichzeitig dem periculum unterworfen wird, ſofern nicht ein Bedingniß es von ihm abwendet (§. 3. not. 4. §. 4. not. 1. 2.). So-

---

[2]) Haimerl's Mag. XVI. S. 392 ff.

[3]) In anderen ſchwindet es, ſo: im Uebergehen des dominium Quiritarium in naturale, der civilis possessio in naturalis, des dare in factum dandi oder facere (vom nomen: ob. §. 3. not. 13 abgeſehen): Archiv f. civiliſt. Praxis XL. S. 315 ff. not. 1—3. 12. 13. u. and. daſ. genannte Erörterungen. Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 155 ff. 158 ff.

[4]) So bei Erbportionen die durch Accreſcenz oder Subſtitutionen vereinigt ſind, in Beziehung auf die Berechnung der quarta Falcidia: L. 1. §. 13. L. 11. §. 5. L. 14. §. 2. L. 25. L. 78. L. 87. §. 3. 4. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 12. D. de vulg. etc.. subst. 28. 6. L. 40. L. 41. D. de adq. v. omitt. hered. 29. 2. L. 27. §. 2. D. ad Sct. Treb. 36. 1. und bei der Separationsberechtigung der Erbſchaftsgläubiger und Legatare, nach eingetretener Vereinigung des Vermögens des Erblaſſers und des Erben: L. 1. §. 3. 11 sqq. L. 6. D. de separat. 42. 6. L. 2. C. de bon. auct. jud. poss. 7. 72.

[5]) L. 6. §. 2. D. de oper. servor. 7. 7. L. 33. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 11. §. 18. D. de action. emti 19. 1.

Digitized by Google

bald aber jenes Fordern mehr voraussetzt, als jenes Vertheidigtseyn, kann letzteres noch vor der Herstellung der Erfordernisse des erstern dem Untergange preisgegeben seyn. Inwiefern dies im römischen Rechte der Fall ist, kann nur durch abermaliges Zurückgehen auf die mancipatio erkannt werden.

§. 6.

Bei der mancipatio stellten die Bedingnisse, von welchen das Aneignen des Stoffes abhängig war, sich der Zumessung des Werthes als eventuelle Abmessungen gegenüber. Es zeigt sich dies Verhältniß darin, daß die usureceptio stattfindet, ohne daß es einer mancipatio bedarf, welche jene Zumessung wiederum rückgängig machte [1]). Es findet sich ferner bei Geschäften, die aus der mancipatio hervorgegangen sind, eine Doppelseitigkeit der Bedingnisse, welche deren reale Abmessungskräftigkeit mit einer gewillkührten Aufschiebungskräftigkeit verbindet. Die alte Testamentserrichtung durch mancipatio, eignet die hereditas dem familiae emtor an, und mißt sie, beziehungsweise das legatum, dem Erben, und von diesen wiederum ab und beziehungsweise dem Erben und dem Legatar zu [2]). Nach dem Hinwegfallen des familiae emtor und der mancipatio, werden die Bedingnisse, deren Abmessungskräftigkeit im Falle der Nichterfüllung die Auslieferung der hereditas oder des legatum von Seiten des familiae emtor oder des Erben gehindert oder diesen von derselben befreit haben würden [3]), oder befreien, aufschiebende Bedingungen für die Vollendung des Erwerbes der hereditas oder des legatum in deren Stoff. Tritt das Bedingniß nicht ein, so sind hereditas oder legatum re ipsa wieder abgemessen, und einem andern Erben offen, oder in

---

[1]) Gaj. J. II. 59—61.

[2]) Dies zeigt die Gestalt des Geschäfts. Gaj. J. II. 104; und die spätere Behandlung der Bedingnisse bei letztwilligen Verfügungen.

[3]) „Uti legassit suae rei, ita jus esto“: Gaj. J. II. 224. et al.

Digitized by Google

der hereditas bei dem Erben verblieben, aber nur dann, wenn es in eine aufschiebende Bedingung gewandelt, und nicht als modus des Erworbenseyns ein bloßer Ausgangspunkt der Obliegenheit der Erfüllung geblieben ist. Es hat aber in diesem Gebiete die aufschiebende Bedingung die Eigenschaft eines zu erfüllenden Bedingnisses insofern bewahrt, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung, der Erfüllung gleich steht, und der Bedingung die Abmessungskraft entzieht [4]), während dieselbe ihr bei Geschäften unter Lebenden, in Folge der Unmöglichkeit des Eintretens inwohnt [5]). Das Uebergehen des Bedingnisses in einen bloßen modus, ist die Folge einer Uebertragung desselben von dem Stückerwerbe auf den Stofferwerb [6]). Er bleibt stehen als ein Abwurf der Entwickelung, welche die Bedingnisse theils durch Gestaltung gegenseitig aneignender oder zweiseitiger Geschäfte in Gegenleistungsbedingnisse wandelt [7]); theils zwischen Leistung und Erfüllung als reine Bedingungen setzt [8]), in solchen Fällen, wo dieser Entwickelungsweise sich Hindernisse entgegenstellen [9]). Es verliert das Bedingniß die Abmessungskraft, wo es einer abgeschlossenen rei datio sich gegenüberstellt, ohne vor deren Abschluß in dieselbe recipirt zu seyn, indem es dann nur durch den Uebergang in eine, durch den Empfang jener rei datio, oder re, contrahirte, ideelle datio [10]), Ausgangspunkt einer actio werden kann. Es ist eine solche ideelle datio an den Träger des Werthes eines Stoffes die jedesmalige (unwillkürliche) Folge des Aneignens desselben von Seiten eines

[4]) Weitere Erörterung darüber muß einem besondern Nachtrage vorbehalten werden. S. diese Zeitschrift N. F. XVII. S. 227 mit not. *

[5]) L. 31. L. 44. §. 2. D. de oblig. et act. 44. 7.

[6]) In dem ob. not. 4. erwähnten Nachtrage wird dies näher dargelegt werden.

[7]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 132 ff.

[8]) Ebendas. S. 115 ff. 154 ff.

[9]) Es erklärt sich daraus, daß der Name: modus, nur bei Vermächtnissen und Schenkungen sich findet.

[10]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 138 ff. 146 ff.

Digitized by Google

andern, sofern es sine causa geschieht [11]). In dieser Weise wird der Aneignende auch dann re obligirt, wenn in Folge eines, mit der rei datio an ihn verbundenen Bedingnisses, eine andere Leistung als die Erstattung des Werthes, von ihm gefordert werden kann [12]). In Ermangelung einer solchen re contracta obligatio aber, und der Wandelung des Bedingnisses in Bedingung, bleibt das Bedingniß, abgesehen von dem Uebergehen in Gegenleistungsobligation, ein bloßes pactum. Die Trageweite der Nichterfüllung des pactum vermag dem Stofferwerbe, welcher von der rei datio seinen Ausgang nimmt, seine Stätigkeit nicht zu entziehen, sondern nur das Zugesondertseyn des Werthes des Stoffes, die s. g. Bereicherung, der causa zu entkleiden [13]). Wo dahingegen die causa des Stofferwerbes ihren Ausgang nimmt von einer auf aeris datio gegründeten Absonderung des Empfängers des aes von dem Stoffe, und der aus ihr hervorgehenden Zumessung des Werthes des Stoffes (§. 3. not. 1 ff.), da trägt das pactum dieser Zumessung gegenüber eine Abmessungskräftigkeit in sich. In Beziehung auf die Zumessung dieses Werthes an den Urheber der aeris datio, den Käufer, zeigt dieselbe sich in der Gestalt der Bedingung bei der addictio in diem und der lex commissoria [14]). Es wird hier das Bedingniß des Wiederaufhebens des Verkaufs durch die Verschiebung seiner Wirksamkeit, auf den Fall des Mangels der Erreichbarkeit eines höhern Preises oder der Zahlung des bedungenen creditirten Preises mit einer Wiederabmessungskräftigkeit in Ansehung dieses Werthes bekleidet, die die Nichterreichung eines höhern Preises oder die Zahlung des bedungenen Preises zu einer Bedingung jener

---

[11]) Haimerl's Mag. XVI. S. 392 ff.

[12]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. a. a. O., S. 146.

[13]) Wodurch das Gebiet der Condictionen in den Gegensatz zu dem der Vindicationen tritt. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 122 ff. Haimerl's Mag. a. a. O., S. 393.

[14]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. a. a. O., S. 178.

Digitized by Google

Zumeſſung geſtaltet, welche deren Wirkſamkeit für den Stofferwerb aufſchiebt. Es wird in Folge davon durch das Deficiren der ſuspenſiven Bedingung dieſer Wirkſamkeit, der durch Tradition vermittelte Stofferwerb reſolvirt, als ob die Tradition als eine nuda bloß einen Beſitz vermittelt hätte. In Folge davon wird die ſuspenſive Bedingung eine reſolutive [15]). Mit dem Zurücktreten der Zumeſſungsidee, das gleichen Schritt zu halten ſcheint mit dem Schwinden des dominium Quiritarium, wird eine ſolche reſolvirende Kraft auch dem modus bei ſolchen Schenkungen, die nicht, wie die mortis causa donatio, den Legaten gleichgeſtellt ſind [16]) in dem Falle eingeräumt, wenn die Erſcheinung eines Preiſes in ihm hervortritt [17]). Sie ſcheint dahingegen bei der lex commissoria wiederum verſchwunden zu ſeyn [18]). Es ſind dieſe Erſcheinungen abgeſchwächte Ueberreſte des Eindruckes des geſchichtlichen Ausgangspunktes der Rechtsausbildung, wie ſie ebenfalls von dem ideellen dare und in der

---

[15]) Ebendaſ. S. 172 ff.

[16]) Hier hat das zum Weſen des Geſchäfts gehörige Bedingniß des eventuellen Rückfalls zwar die Kraft einer Reſolutivbedingung: L. 29. D. de mortis causa don. 39. 6; iſt aber keine. A. M. v. Bangerow, Lehrb. d. Pand. Rechts §. 96. Anm. 2. e.

[17]) In bedungenen Alimenten: L. 1. C. de donat. quae sub modo 8. 55. Vgl. L. 41. pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 58. §. 2. D. locati 19. 2.

[18]) Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. a. a. O., S. 178. L. 3. C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. mit L. 3. C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Die L. 4. C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54., welche noch die reſolvirende Kraft anzuerkennen ſcheint, hat offenbar urſprünglich anders gelautet als unſere Texte ſie geben. Ihr Urſprung von demſelben Kaiſer, Alexander Sever, von dem L. 3. C. eod. herrührt und die Aufnahme in den Codex, ſind für die Uebereinſtimmung beider entſcheidend. Sie iſt hergeſtellt, wenn man in L. 4. C. cit. ſtatt: „vendicationem rei eligere“, lieſet: venditi actione rem eligere. Und daß es ſich hier eben um das Abſprechen der venditi actio handelte, zeigt ſich in dem Grunde dafür, der darin beſtand, daß der Verkäufer, ſtatt von der lex commissoria Gebrauch zu machen, Zinſen des rückſtändigen Kaufgeldes gefordert hatte. Auch würde er die rei vindicatio nur nothgedrungen

Digitized by Google

Gestaltung der mora und der bonae fidei negotia [19]) sich finden.

§. 7.

In Ansehung des Deficirens der suspensiven Bedingung der Wirksamkeit des Erwerbes des Käufers bei der addictio in diem und der lex commissoria, ist indeß eine zweite Seite in's Auge zu fassen. Sie ist die, daß das Unterlassen des Herbeiführens dieses Deficirens von Seiten des Verkäufers ein Umstand ist, der in einem bedingenden Verhältnisse zu seinem Anspruche auf den Kaufpreis steht, und zwar ein solcher, der von seinem Willen abhängt. Indem aber diese Willkühr Ausübung einer bedungenen Berechtigung ist, löset sie sich in einen Bestandtheil der Entwickelung des Geschäfts auf, ohne den Anspruch zu einem bedingten zu gestalten [1]). Es wird aber, wenn er von seiner Willkühr, jenes Deficiren herbeizuführen, Gebrauch macht, dieser Anspruch dessenungeachtet in Folge einer Bedingung resolvirt. Es wird aber auch dann, wenn umgekehrt der Käufer sich mittelst des s. g. pactum displicentiae das Rücktreten, also die willkührliche Befreiung von der Zahlung des Kaufpreises bedungen, also sein Erwerb des Kaufgegenstandes von dem willkührlichen Unterlassen des Herbeiführens des Deficirens einer suspensiven Bedingung des Anspruches des Verkäufers auf den Kaufpreis abhängt; sein Erwerb des Kaufgegenstandes als ein unbedingter, beziehungsweise als ein nicht

---

gebraucht, und nicht sie eligirt haben, da er mit der venditi actio alle Früchte, welche der Käufer gezogen, erlangt: L. 6. §. 1. D. de contr. emt. 18. 1. L. 4. L. 5. D. de lege comm. 18. 3. L. 6. §. 1. D. de div. tempor. praescr. 44. 3. Daß übrigens nicht mit Fitting, a. a. O., S. 256 f., aus der Gestattung der venditi actio ein Ausgeschlossensein der rei vindicatio gefolgert werden kann, ergibt sich schon aus der Verschiedenheit der Tragweite beider. — Die venditi actio ist keine condictio. —

[19]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 125 ff. XV. S. 130 ff. 389 ff. Arch. f. civ. Prax. XXXIII. S. 391 ff.

[1]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 157.

Digitized by Google

ſuspenſiv bedingter bezeichnet, auf deſſen Grund er uſucapiren kann [2]). Es wird aber ebenfalls ausgeſprochen, daß durch die Displizenz des Käufers ſeine emtio sub conditione resolvirt werde [3]). Daß aber dieſe Reſolution nicht den etwa durch Tradition vermittelten Eigenthumserwerb rückwärts wieder aufhebt, wie die ſ. g. Reſolutivbedingung (§. 6. not. 15), wird ebenfalls ausdrücklich bezeugt [4]). Es wird überdieß dadurch beſtätigt, daß zu dieſer Reſolution es eines, nur bei unbedingter emtio möglichen [5]), inemtum facere, mittelſt einer zu dieſem Zwecke gegebenen in factum concipirten actio redhibitoria bedarf [6]). Es hat alſo jenes pactum eben die Trageweite eines klagbar gewordenen pactum de retroemendo, nemlich eines Bedingniſſes der Wiederaufhebung des Kaufes auf den Fall des Wollens des Käufers. Daß aber, ungeachtet des Mangels jeder Bedingtheit des Kaufes, dennoch von einem Reſolviren sub conditione die Rede iſt, erklärt ſich daraus, daß allerdings ein pactum oder Bedingniß in Anſehung des Kaufes geſchloſſen iſt, und das Bedingniß ebenfalls conditio genannt wird; ſo das ſ. g. pactum de retrovendendo [7]). Sub conditione iſt ſo viel, als sub lege [8]). Die conditio bezeichnet überhaupt den unſtäten Zuſtand, im Gegenſatze des abgeſchloſ-

---

[2]) L. 2. §. 5. D. pro emtore. 41. 4. L. 3. D. de contr. emt. 18. 1. L. 4. C. de aedil. act. 4. 58. Vgl. L. 20. pr. D. praescr. verb. 19. 5. L. 31. §. 22. D. de aed. ed. 21. 1. L. 11. §. 13. D. quod vi aut clam 43. 24. Auf den Grund einer conditionellen venditio dahingegen, kann nicht uſucapirt werden: L. 4. pr. D. de in diem add. 18. 2.

[3]) L. 3. D. cit.

[4]) L. 3. f. D. quib. mod. pign. solvitur 20. 6 . . . „ubi sic res: distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.“

[5]) L. 43. §. 9. D. de aed. ed. 21. 1; mit L. 20. §. 1. D. de praescr. verb. 19. 5; ob. §. 4. a. Anf.

[6]) L. 31. §. 22—24. D. de aed. ed. 21. 1. L. 4. C. de aed. act. 4. 58.

[7]) L. 2. C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54; mit L. 12. C. de praescr. verb. 19. 5.

[8]) L. 52. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 4. C. de aed. act. 4. 58.

Digitized by Google

senen Rechtsverhältnisses[9]). Es wird die bedingt legirte res, oder der durch letztwillige Verfügung bedingt mit der Freiheit Bedachte (cui „implicitus casus libertatis“ est[10]), in einer conditio oder causa, oder einem status, befindlich angesehen[11]). Es wird von dem Geschäfte ein Zustand desselben, ein status promissionis[12]), und in Ansehung des Kaufes eine conditio comparandi unterschieden, die nicht in der Willkühr eines der contrahirenden Theile stehen kann, wenn der Kauf beständig seyn soll[13]). Das pactum displicentiae aber beeinträchtigt vor der Displicenz die Beständigkeit des Kaufes überall nicht. Es hat der Käufer dessenungeachtet die actio emti[14]), und auch nachdem die Displicenz das inemtum esse hervorgerufen, hat der Verkäufer die actio venditi auf Restitution[15]), und der Zustand des geschlossenen Kaufs ist kein anderer als der, in den das Daseyn eines heimlichen Mangels oder der Mangel einer versprochenen Eigenschaft des Kaufgegenstandes den perfecten Kauf versetzt, nemlich der des Begründetseyns des inem-

---

9) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 114 ff.

10) L. 6. D. ei ex noxali causa 2. 9. In solchen Fällen, wo die Stückzuwendung, noch wiederum durch Vereitelung der bedingten Stoffzuwendung: ob. §. 6., unwirksam werden kann, wird das Verhältniß als res dubia bezeichnet: s. L. 15. D. de reb dub. 34. 5. L. 98. §. 3. D. de solutt. 46. 3., vgl. L. 57. pr. D. de usufr. 7. 1. L. 43. §. 2. D. de adquir. rer. dom. 41. 1. L. 52. §. 5. D. de usufr. 7. 1. L. 68. §. 2. D. de legat. I.

11) L. 54. §. 1. D. de cond. et demonstr. 35. 1. Ulp. fragm. II. 3. L. 2. pr. D. de statu lib. 40. 7. L. 9. §. 1. 3. D. eod. L. 24. §. 21. D. de fid. lib. 40. 5. L. 81. pr. D. de legat. I.

12) L. 108. §. 1. D. de verb. oblig. 45. 1; vgl. L. 7. pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 8. D. de oblig. et act. 44. 7. L. 17. L. 44. §. 3. D. de verb. oblig. 45. 1.

13) L. 13. C. de contr. emt. 4. 38. Vgl. L. 6. §. 2. D. de contr. emt. 18. 1.

14) L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5.

15) Fragm. Vat. 14.

Digitized by Google

tum facere [16]). Er iſt nicht anders, als ob der Verkäufer verſprochen, daß dieſer Gegenſtand dem Käufer gefalle. Es wird demnach jenes pactum von dem Kaufe geſchieden gehalten, und ſo der Regel: pacta dant legem contractui [17]), der Einfluß abgeſchnitten, den ſie äußern würde, wenn es mit dem Contractsſchluſſe ſich verbände. Jener Einfluß würde darin beſtehen, die conditio comparandi in die Willkühr des Käufers zu ſtellen; er würde alſo den Kauf vernichten. Und inſofern man durch Beſchränkung der Willkühr auf eine beſtimmte Zeit [18]), die Ausſicht auf einen Untergang derſelben vermittelte, würde mit demſelben noch immer kein Kaufsſchluß eingetreten ſeyn; es ſey denn, daß man die Regel: pacta dant legem contractui, in ein: pacta dant modum contrahendi, wandelte. In Folge dieſer Wandelung würde dann der Kauf durch das (mit Verſtreichung der Friſt in Ermangelung der Displicenz von ſelber gegebene) placere des Käufers ſuspenſiv bedingt ſeyn, wie er ſich in einer Inſtitutionenſtelle (§. 1. not. 8) darſtellt. Vor der Entwickelung zur Unbedingtheit, beziehungsweiſe der auflöſenden Abwickelung durch Displicenz, würde das Schulden des Kaufpreiſes, und damit auch die conditio comparandi [19]), von der Willkühr des Kau-

[16]) L. 13. §. 2. D. de adquir. poss. 41. 2. L. 19 f. D. de usurp. 41. 3; vgl. L. 1. §. 1. L. 43. §. 9. D. de aed. edicto 21. 1. Redhibere iſt = reddere: L. 21. pr. D. eod. Das: inemtum facere, wird ebenfalls durch den Gebrauch der lex commissoria bewirkt: L. 4. pr. D. de leg. comm. 18. 3. L. 6. §. 1. D. de contr. emt. 18. 1. Die Unterſcheidung zwiſchen einem pactum de redhibendo und de reddendo, bei Fitting, a. a. O., S. 268—274; zeigt dadurch ſich als unhaltbar, und in Folge davon auch die eines zweifachen Reukaufs, der: ebend. S. 276; unterſchieden wird, jenachdem er ein redhibere oder ein reddere bewirkt.

[17]) L. 7. §. 5. D. de pact. 2. 14. L. 13. C. eod. 2. 3.

[18]) So: L. 2. §. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 6. D. de resc. vend. 18. 5. L. 31. §. 22. D. de aed. ed. 21. 1. Sofern eine ſolche Friſt nicht beſtimmt iſt, wird ſie durch die Friſt, auf welcher der Gebrauch der redhibitoria actio beſchränkt iſt, erſetzt, ſofern nicht bedungen iſt, ut in perpetuum redhibeatur: L. 31. §. 22. D. cit.

[19]) Daß zur conditio comparandi in L. 13. C. de contr. emt. 4. 38;

Digitized by Google

fenden abhängig, das an emtum haberet seinem arbitrium überlassen seyn. Eine solche Willkühr aber würde mit der Natur des Geschäfts als einem zweiseitigen Kaufcontracte im Widerspruch [20]), und mit derselben nur vereinbarlich seyn, wenn man das Kaufverhältniß als ein dem Käufer angeeignetes Mittel für seine Zwecke, und ihn als einen einseitig Berechtigten betrachtete. Es würde diese Auffassung die Ausübung einer Berechtigung jener Willkühr zum Gegenstande geben, und das Schulden des Kaufpreises zu der suspensiven Bedingung der Berechtigung gestalten. Das: placere des Käufers dahingegen würde die suspensive Bedingung der Geeignetheit des Kaufgeschäfts als Erwerbsmittel der Kaufpreisforderung für den Verkäufer seyn. Eine solche Auffassung aber vermogte im römischen Rechte erst Eingang zu finden, nachdem die Contractsklage aufgehört hatte ihren Ausgang von einer res credita und dem Begründetseyn einer auf das durch den Contract geschaffene Werthstück (§. 5. nach not. 1), auf die Gesammtsumme der pecunia numerata, gerichteten condemnatio zu nehmen, und in Folge davon das ganze Rechtsverhältniß in judicium zu deduciren (§. 2. nach not. 2). Mit der Zulässigkeit einer Condemnation auf die naturalis praestatio [21]), empfing der Vertrag seine Klagbarkeit nur aus einem von außen her hinzutretenden Schutz [22]). Es konnte nun jede Gegenleistung mit einer Klage abgesondert in judicium deducirt werden, und der zweiseitige Contract in zwei einseitige Geschäfte zerfallen; und sofern man jede Seite desselben für sich als einen Contract ansah, stand

ob. not. 13; auch die Bestimmung des Preises gehöre, bestreitet indeß Goldschmidt, a. a. O., S. 278.

[20]) L. 13. C. de contr. emt. 4. 38. L. 34. §. 6. D. eod. 18. 1. Daß dieser Widerspruch nicht mehr existirt, wenn jene Willkühr des Käufers untergegangen ist: Goldschmidt, a. a. O., S. 268—270; ändert natürlich nichts, so lange sie noch besteht.

[21]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 151 f.

[22]) Ebendas. S. 165 ff.

Digitized by Google

auch der Klagbarkeit nichts entgegen (§. 3. not. 1), ſobald nur die eine in's Daſeyn getreten war.

§. 8.

Das Unterlaſſen der Beachtung dieſer Entwickelung, hat neuerdings zu Verſuchen geführt, ihre Erſcheinungen durch Bezeichnungserfindung zu erklären. Einestheils ſind nicht bedingende Bedingniſſe als Vorausſetzungen bezeichnet worden, durch welche der Wille des Urhebers einer Zuwendung ſich ſelber beſchränke, und ſofern die Vorausſetzung nicht eintreffe, es bewirke, daß ſein wirklicher Wille kein eigentlicher ſey [1]). Man wird indeß in einer Vorausſetzung nur eine Meinung finden können, welche der Beweggrund für die Zuwendung geweſen, und die Bezeichnung läßt es unerklärt, wie der Einfluß dieſes Beweggrundes vermittelt wird [2]). Anderntheils hat die Erſcheinung der Vorzeitigkeit des Erwerbes vor dem Eingetretenſeyn der Bedingung (§. 6. not. 1. ff.), die Benennung der Vorwirkung gefunden [3]). Es wird aber damit nicht erſichtlich, auf welchem Wege dieſe Vorwirkung jene Vorzeitigkeit empfängt. Und wenn ſie erſt durch das Eintreten der Bedingung ihr Daſeyn empfängt, ſo iſt ſie nichts anders als eine Rückwirkung, wie man ſie bei den eigentlichen Bedingungen immer angenommen hat. Es iſt

---

[1]) Windſcheid: die Lehre des römiſchen Rechts von den Vorausſetzungen S. 1 ff. S. indeß: Gerichtsſaal IX. 2. S. 436.

[2]) Als eine nicht explicirte Bedingung wird ein ſolcher Beweggrund zu einer Zuwendung oder einem verbindenden Verſprechen unter dem Namen der Vorausſetzung aufgefaßt, und dieſe Auffaſſung zur Begründung eines ſ. g. Anerkennungsvertrages benutzt, von Bähr: Jahrb. f. Dogmatik des heut. röm. Rechts II. S. 337. Wenn aber der Beweggrund Einfluß behält, ſo wird deſſen Irrigkeit die in dem Verſprechen, welches er hervorgerufen, gegebene Anerkennung doch wirkungslos ſtellen, und dann in demſelben ein Anerkennungsvertrag nicht geſchloſſen ſeyn können.

[3]) Fitting: über den Begriff der Rückziehung S. 7 ff. 23 ff. 48. 64 ff. 68. 102. 105 f. 119.

Digitized by Google

aber diese Rückwirkung jener Vorwirkung gegenüber gestellt worden, als eine Rückziehung [4]). Dem Wortsinne nach würde damit ausgedrückt seyn, daß die Vorzeitigkeit nicht in der Geschäftsentwickelung selber ihren Sitz habe, sondern von einer von außen herantretenden Kraft herbeigeführt werde. Es hat diese Bezeichnung auch in der That zu einer Verwechselung der resolvirenden Kraft der s. g. Resolutivbedingung (§. 6. not. 15.) mit der bedungenen Resolution, wie sie beim pactum displicentiae sich findet (§. 7. not. 2 ff.), die Hand geboten [5]). Daß aber eine Kraft der Gegenwart aus derselben etwas in die Vergangenheit ziehe, ist unmöglich; es sey denn, daß es dasselbe in das Nichtseyn der Vergangenheit versetzte. Denn die Vergangenheit ist doch, was nicht mehr ist. Der Sinn soll aber der seyn: daß durch das Eintreten der Bedingung, beziehungsweise dessen Mangel, eine Ungewißheit gehoben und eine Gewißheit hergestellt wird. Veranlassung zu dieser Auffassung scheint der Umstand gegeben zu haben, daß von einem apparere quid actum est, beim Eintreten oder Deficiren der Bedingung da die Rede ist, wo in Folge der Bedingtheit des Erwerbes des Stoffes von Seiten desjenigen, der über ihn disponirt, eine res dubia vorhanden ist (§. 7. not. 10). Das, was hier in Ungewißheit steht, ist aber die Wirksamkeit des Geschäfts, also ein Umstand, der während des Schwebens der Bedingung in der Zukunft liegt. Die Ungewißheit des Zukünftigen, also des noch nicht wahrnehmbar gewordenen, fällt aber mit dessen Nichtseyn zusammen, und sein Eintreten ist daher eine Thatsache, und nicht eine Vergewisserung. Die Veränderung, welche es in der Gegenwart hervorruft, ist daher

4) Fitting ebendas. S. 5. 22. 48. Arch. f. civ. Prax. XXXIX. S. 337. S. indeß: Gerichtssaal IX. 2. S. 438 f.

5) Die ganze Erörterung bei Fitting: Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. II. S. 240—274. beruht auf dieser Verwechselung; und wo die Quellen von der Rückwirkung reden, wird sie: ebendas. S. 258, geläugnet, weil sie dieselbe nicht als Rückziehung bezeichnen.

Digitized by Google

eine Wirkung, und nicht eine Herstellung der Wahrnehmung derselben. Es hängt aber allerdings diese Thatsache des Daseyns der rechtlichen Wirkung, ab von der Gewißheit des Eingetretenseyns oder des Deficirtseyns der Bedingung, die hergestellt wird durch das Daseyn des Thatsächlichen, welches das eine oder das andere der Wahrnehmung zugänglich stellt [6]). Die Folge dieser Gewißheit aber ist das Gewordenseyn der Veränderung, und dieses Gewordenseyn erst ist es, was der Ungewißheit, nemlich der Bedingtheit, den Untergang bereitet. Auf diesem Wege wird demnach zwischen Rückziehung und Rückwirkung so wenig ein Unterschied gefunden, als zwischen beiden und Vorwirkung.

§. 9.

Auf anderer Seite dahingegen scheint eine Gleichstellung desjenigen Resolutionsfalles, in dem man die Bedingung, von welcher die Resolution ausgeht, als eine resolutive bezeichnet hat (§. 6. not. 15), mit demjenigen, wo ein Bedingniß eine Resolutionswillkühr einem Vertragstheilnehmer vorbehält (§. 7. not. 2 ff.), die Veranlassung gegeben zu haben, neben einem Kaufe mit s. g. pactum displicentiae, und einem durch das placere des Käufers suspensiv bedingten Kaufe, noch einen durch dessen Displicenz resolutiv bedingten Kauf zu unterscheiden [1]). Der Unterschied desselben von jenem suspensiv bedingten Kaufe wird darin gefunden, daß der Käufer das periculum des Kaufgegenstandes trägt [2]). Daß das pactum displicentiae den Käufer von dem periculum nicht befreit, folgt von selber daraus, daß es die Perfection des Kaufes nicht ausschließt

---

[6]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 161 ff.

[1]) Goldschmidt, a. a. O., I. S. 118 ff. Fitting: ebendas. II. S. 223 ff. Welchen Antheil dabei der Umstand gehabt hat, daß jenes pactum in den Quellen als ein im Contrahiren beigefügtes Bedingniß zur Erscheinung kommt, kann dahin gestellt bleiben.

[2]) Goldschmidt, a. a. O., Fitting: ebendas. II. S. 270 ff.

Digitized by Google

(§. 4. not. 1. §. 7. not. 2—5). Allerdings kann die actio redhibitoria auch dann noch gebraucht werden, wenn der Kaufgegenstand durch Zufall verschlechtert worden, oder untergegangen ist [3]). Allein daß der Käufer dann auch wegen Verschlechterung oder Untergang, die nicht aus einem Mangel des Gegenstandes entsprungen, aber zufällig entstanden, Ersatz zu leisten habe, würde zwar in dem edictmäßigen Falle der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes eine Härte gegen ihn seyn. Es findet auch im ädilitischen Edicte sich nicht angeordnet [4]). Daß es aber für alle Fälle der Redhibition ausgeschlossen sey, wird wenigstens zweifelhaft dadurch, daß bei den Erben des Käufers eine zweifache Haftung für den Ersatz der Verschlechterung gefunden wird. Es wird neben deren Haftung für verschuldete Verschlechterung, die in solidum deren Urheber trifft [5]), auch eine ratenweise Haftung derselben für Verschlechterung genannt [6]), die in Folge dieser Unterscheidung nur von zufälliger Verschlechterung verstanden werden kann [7]). Davon ausgegangen, müßte im Falle des zufälligen Unterganges, der redhibirende Käufer dem Verkäufer so viel erstatten, als der Kaufgegenstand in dem mangelhaften Zustande, welcher der Redhibition zum Grunde läge, noch werth gewesen wäre [8]). Im Falle der Redhibition wegen Displicenz wird auch jene Härte verschwinden. Zwar

---

[3]) L. 31. §. 5. 9. 11—13. L. 38. §. 3. L. 47. §. 1. L. 48. pr. D. de aed. ed. 21. 1. mit L. 16. §. 2. D. de evict. 21. 2.

[4]) L. 1. §. 1. L. 25. L. 38. pr. §. 5. D. de aed. ed. 21. 1.

[5]) L. 31. §. 9. D. eod.

[6]) L. 31. §. 6. D. eod.

[7]) Daß die Haftung in solidum als ein aequum ex arbitrio judicio dem Urheber der culposen Handlung aufgebürdet wird: L. 31. §. 9. D. eod.; hebt das Daseyn einer Unterscheidung dieses Falles, von dem in L. 31. §. 6. D. eod. genannten in dem einer culpa nicht gedacht wird, nicht auf. Anders wird aber allerdings der Standpunkt, wenn man die erstere Stelle, als eine nähere Bestimmung des Inhalts der letztern ansieht.

[8]) Gleichgültig ist hier der Widerstreit, welcher für den Fall des culposen Verursachens des Unterganges sich findet, indem derselbe nach L. 47.

Digitized by Google

tritt in ihm der Umstand ein, daß der Käufer keinen Mangel des Kaufgegenstandes nachzuweisen braucht, und seine Klage daher keinen Anhaltspunkt dafür gibt, welcher Theil der Werthverringerung einem solchen Mangel, und welcher einem spätern Zufalle, zuzuschreiben sey. Allein damit ist es noch nicht ausgeschlossen, daß der Verkäufer den Ersatz der zufälligen Werthverringerung, und im Falle des zufälligen Unterganges den Werth des ganzen Kaufgegenstandes, den derselbe zur Zeit der Perfection des Kaufes gehabt, in Anspruch nimmt. Der Käufer kann redhibiren, wenn dieser Gegenstand in der Beschaffenheit, wie sie zur Zeit des Kaufschlusses war, ihm nicht gefällt. Hat diese Beschaffenheit vor der zufällig eingetretenen Veränderung sein Mißfallen nicht erregt, oder hat er ungeachtet des Erregtseyns desselben vor jener Veränderung die Redhibition nicht bewerkstelligt, sey es, weil er nicht konnte, oder weil er säumte, so ist dies beziehungsweise ein Zufall in seiner Person, oder ein willkührlicher Aufschub, deren Folgen für die Gefahr, welche er trägt, nur ihn selber treffen können. Mit der Perfection des Kaufes war der verkaufte Stoff dem Verkäufer verwerthet, und dem Käufer war dagegen die zur Verwerthung seiner Kaufpreisleistung ihm dienende Gebrauchsgeeignetheit angeeignet, deren zufällig eingetretene Minderung oder Vertilgung er ausgleichen muß, wenn er redhibirt. Wollte man einwenden, daß der Zufall den Gegenstand auch beim Verkäufer getroffen haben würde [9]); so würde dies einestheils nicht zutreffen, weil der Käufer die Gefahr zu tragen hat, und anderntheils nicht, weil der Verkäufer den Gegenstand anderweitig veräußern und einen Preis für denselben erwerben können,

---

§. 1. L. 48. pr. D. eod. den Untergang der ädilitischen Klagen nach sich zieht, nach L. 31. §. 11. D. eod. aber die Folge haben soll, daß der Käufer bei der Redhibition alles prästiren muß, was er prästiren müßte, wenn der untergegangene Gegenstand noch existirte.

[9]) Arg. L. 25. §. 4. D. de aed. ed. 21. 1.

Digitized by Google

ehe der Zufall eingetreten, wenn das Verhältniß zum Käufer ihn nicht daran gehindert hätte. Und sollte jene Gefahr dem Käufer abgenommen seyn, so würde er auf Ersatz solcher Beschädigungen, die ihm durch den Kaufgegenstand zufälliger Weise zugefügt worden, und dem Eigner die Verbindlichkeit zum Ersatze auferlegen, Anspruch machen können, während ihm dieser Anspruch versagt wird [10]). Die Unbestimmtheit, welche hier sich zeigt, ist die Folge davon, daß gegen die Natur der Sache die Redhibition auch nach der Verschlechterung oder dem Untergange des Kaufgegenstandes noch gestattet ist.

§. 10.

Anders, als beim perfecten Kauf mit pactum displicentiae, würde aber das Verhältniß sich stellen, bei einem durch Displicenz des Käufers resolutiv bedingten Kaufe; wenn ein solcher möglich wäre. Die Displicenz müßte alle Folgen des Kaufes rückwärts vernichten, und damit auch die des Getragenseyns des periculum von Seiten des Käufers. Daß dies für den Fall eines resolutiv bedingten Kaufes nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, kann nicht eher dagegen angerufen werden, als bis die Möglichkeit eines solchen Verhältnisses dargethan ist. Die Zeugnisse, welche für ein periculum des Käufers bei einem solchem Kaufe angerufen worden [1]), reden nur von Fällen, wo [2]), oder von dem Falle, daß [3]), der Kauf unbedingt perfect geworden, oder ohne Kauf der Inhaber eines Gegenstandes sich die Verhaftung für das periculum zugezogen [4]).

---

[10]) L. 52. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

[1]) Bei Goldschmidt, a. a. O., S. 120. not. 24.

[2]) So von in diem addictio: L. 2. §. 1. L. 3. D. de in diem add. 18. 2; lex commissoria: L. 2. D. de lege comm. 18. 3; und dem Falle, wo die Bedingung eingetreten: L. 8. pr. D. de peric. et comm. r. v. 18. 6.

[3]) L. 20. §. 1. D. de praescr. verb. 19. 5.

[4]) L. 78. D. de furtis 47. 2.

Digitized by Google

Dahingegen erklären alle Ausſprüche über bedingten Kauf, welche das periculum berühren, den Käufer von demſelben befreit, und zwar ſchlechthin bei jeder venditio conditionalis, wenn conditio aliqua venditionem suspenderat, und nicht hoc ipsum convenisset, ut res periculo emtoris servaretur [5]). Es iſt dies einfach die Folge davon, daß der Kaufende den Kaufpreis noch nicht ſchuldet, und dann, wenn bei der Perfection des Kaufes durch das Eintreten der Bedingung keine res mehr vorhanden iſt, deren Gebrauchsgeeignetheit ihm durch deſſen Perfection angeeignet wird, auch den Preis nicht ſchuldig werden kann [6]). Denn wenn auch nach dem Untergange der mancipatio der Verkäufer in Beziehung auf die Preiszahlung ebenfalls aneignend auftritt, und in Folge davon, das Geſchäft ſich in zwei Gegenaneignungen ſpaltet: die lex emtionis, und die lex venditionis [7]); ſo bleiben beide doch unzertrennliche Gegenaneignungen. Es kann kein Kauf mit dem Bedingniß beſtehen, daß der Preis geſchuldet, und nicht für das habere licere gehaftet werde [8]) und es gibt keinen

---

[5]) L. 10. pr. D. de peric. et comm. r. v. 18. 6. L. 5. C. eod. 4. 48.

[6]) Fitting, a. a. O., II. S. 271; hält indeß nach den (ſeinen!) allgemeinen Grundſätzen über Bedingungen, die Entſtehung der Verpflichtung des Verkäufers zur Rücknahme der Sache gegen Erſtattung des Kaufpreiſes ausgeſchloſſen. Einer ſolchen Entſtehung bedarf es aber nicht.

[7]) L. 33. L. 34. D. de contr. emt. 18. 1. Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 145.

[8]) L. 11. §. 18. D. de actionib. emt. 19. 1. Dieſe Stelle handelt von zwei Geſchäften: 1) von einer venditio des habere licere des Verkäufers, nemlich ſeines Beſitzungsverhältniſſes wie er es eben hat, inſofern ſie nur das Verſprechen des Unterlaſſens ſeinſeitigen Entziehens deſſelben in ſich ſchließt; und 2) von einer venditio rei, bei welcher der Verkäufer ſich Freiheit von der Evictionsleiſtung bedingt. Die in ihr enthaltene Meinungsverſchiedenheit über die Obliegenheit zur Erſtattung des Kaufpreiſes von Seiten des Verkäufers im Falle der Eviction, zwiſchen Julian und Ulpian, iſt die: daß jener ſie in beiden Fällen annimmt, ſo wie für den zwiſchen beide eingeſchobenen Fall einer venditio rei, bei welcher der

Kauf eines Gegenstandes, der ante venditionem untergegangen ist, etsi consensum fuerit in corpus [9]). Allerdings muß, nachdem das Formelverfahren Einer Parthei allein die Stellung des Klägers zugewiesen [10]), die Geltendmachung der Gegenaneignung von Seiten des Beklagten durch eine doli exceptio vermittelt werden [11]). Allein die Gestattung dieser exceptio ist durch das jus selber geboten, um das jus aequum, welches durch die Formel gestört ist, wieder herzustellen; ebenso, wie die Gestattung der pacti exceptio, durch die Regel: pacta dant legem contractui (§. 7. not. 17), geboten ist [12]). Es sind diese Vertheidigungen Defensionen, die nur der prozessualischen Form nach Exceptionen werden, und daher bonae fidei judicio insunt [13]). Ist also zur Zeit der Perfection des Kaufes die res zufällig untergegangen, oder deren zur Zeit der

---

Verkäufer durch ausdrückliches Versprechen jenes Unterlassens sich von der Haftung wegen einer von Dritten ausgehenden Eviction befreiet; daß dieser aber sie in dem erstern und dem eingeschobenen Falle verneint. Zieht man aber zu den: suprascripti casus; auf welche diese Verneinung der Wortfassung nach geht, auch den zweiten Fall, wie es, nach der Böhmer'schen Ansicht, zu geschehen pflegt: s. v. Wangerow, a. a. O., §. 610. Anm. 4; so hat allerdings Ulpian die Zweiseitigkeit des Kaufcontracts bereits an die Seite gesetzt, welche Julian festhält, in den Worten: „neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret."

[9]) L. 8. pr. L. 15. pr. D. de contr. emt. 18. 1.

[10]) Archiv. f. civ. Prax. XXXV. S. 100 ff. X. S. 77 ff.

[11]) L. 3. §. 8. D. de act. emti 19. 1. L. 22. D. de hered. vend. 18. 4. L. 31. §. 8. D. de aed. ed. 21. 1. L. 14. §. 1. D. de furtis 47. 2; oder von Seiten des Käufers im Falle von Hindernissen des seinseitigen habere licere, durch eine exceptio mercis non traditae: L. 25. D. de act. emt. 19. 1. L. 5. §. 4. D. de doli exc. 44. 4. L. 5. C. de evict. 8. 45.

[12]) In der Weise wie auch leges den Gebrauch von Exceptionen gestatten: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVI. S. 182 ff.

[13]) M. Erörter. zu v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 382. not. 33. S. 436. not. 32. 33.

Digitized by Google

getroffenen Vereinbarung vorhandene und demnach ihm zugesicherte Beschaffenheit in dem Grade verschlechtert, daß sie einen die actio redhibitoria oder quanti minoris begründenden Mangel an sich trägt, so wird dadurch das Schuldigseyn des Kaufpreises [14]), ganz oder theilweise getilgt. Es wird daher auch in Ansehung des periculum deteriorationis keine Ausnahme von jener Freiheit des Käufers in den Quellen gemacht, weil eine Verschlechterung, die überhaupt in Betracht kommt [15]), ihn eben so wenig trifft, als der Untergang.

§. 11.

In der Perfection des Kaufcontracts durch das Eintreten der Bedingung, liegt indeß ein modus contrahendi, der weder bei der mancipatio, noch bei den s. g. Formalgeschäften, Anwendung fand. Es stellt sich nemlich hier nicht das Obligirtwerden als der mit dem Vertragsschlusse zusammenfallende Gegensatz des abwickelnden Obligationsgeschäfts dar [1]), sondern als eine Entwickelung, welche von einer einfachen Vertragsberedung ihren Ausgang nimmt, und sich in vorherbestimmten Thatsachen fortbewegt, oder durch Mangel derselben abbricht. Die Vollendung des Kaufschlusses ist so vielgestaltig geworden, daß eigne Titel de contrahenda emtione, neben denen über die actiones ex emto venditoque entstanden sind. Es wird aber das immer festgehalten, daß die Perfection und der Uebergang des periculum auf den Käufer parallel stehen. Sofern die conditio comparandi (§. 7. not. 13) die ist, daß dieser Uebergang

---

14) „Debitor intelligitur is, a quo invito pecunia exigi potest„: L. 108. D. de V. S. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVI. S. 173 ff. N. F. IX. S. 147. not. 11.

15) Eine solche, welche die Gebrauchsgeeignetheit mindert. Vgl. L. 1. §. 7. 8. L. 4. §. 6. L. 5. L. 6. §. 1. 2. L. 11. L. 38. §. 7. 9. D. eod.

1) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 130.

Digitized by Google

noch einer Zumeſſung des gekauften Stoffes bedarf (§. 4. not. 1), ſo iſt der Kauf „quasi sub conditione“ geſchloſſen [2]). Wo nur ein Theil des periculum dem Käufer abgenommen iſt, und dennoch ein Kaufgeſchäft als vorhanden angenommen wird, da wird ein „quasi plenissime venditum“ unterſchieden, welches eintritt, wenn auch dieſer Theil des periculum auf ihn übergegangen iſt. Es findet ſich dies bei der neuerdings ausführlich [3]) beſprochenen Prüfung des gekauften Weins, bis zu welcher der Käufer die Freiheit von der Gefahr des Verſauerens und Verkahmens deſſelben vorbehalten iſt. Es wird dieſe Unterſcheidung demnach nicht für den Fall aufgeſtellt, wo wegen Säure und Kahm eine Redhibition beziehungsweiſe Minderung des Preiſes angeſprochen werden könnte [4]), ſondern wo ſie als nach der Perfection des Kaufes eingetretene Zufälligkeiten angeſehen werden würden, wenn nicht dem Käufer bis zur Prüfung die Befreiung von jener Gefahr vorbehalten wäre [5]). Sie geht aber auf den Fall, wo keine Prüfungsfriſt feſtgeſetzt iſt, nach deren Ablauf auch ohne Prüfung die Befreiung unter-

---

[2]) L. 35. §. 5—7. D. de contrah. emt. 18. 1.

[3]) Von Goldſchmidt, a. a. O., I. S. 73 ff.

[4]) Alſo nicht auf den Fall, wo der Wein bereits beim Kaufſchluſſe ſo verdorben iſt, daß er überall kein Wein mehr, etwa Eſſig, iſt. Denn dann iſt er gar nicht Kaufgegenſtand geworden. S. L. 9. §. 2. D. de contr. emt. 18. 1. L. 6. D. de peric. et comm. r. v. 18. 6. L. 2. §. 3. L. 3. D. de opt. leg. 33. 5. L. 1. L. 3. L. 9. D. de tritico vino etc. 33. 6; u. Fitting, a. a. O., II. S. 209 ff.

[5]) Daß, wenn der Verkäufer dieſe Gefahr beim Kaufſchluſſe nicht übernommen hat, der Käufer ſie trägt, zeigt L. 1. pr. D. de peric. et comm. r. v. 18. 6: „Si vinum venditum acuerit . . . emtoris erit damnum . . . Sed si venditor se periculo subjecit etc. mit L. 15. D. eod. — Von einem Vorbehalte der Prüfung von Seiten des Käufers iſt dann natürlich keine Rede mehr, ſondern es muß vielmehr der Verkäufer ſeine Prüfung zu

Digitized by Google

ginge. Fehlt nemlich eine ſolche Friſtbeſtimmung, ſo gilt entweder die Prüfung oder degustatio als geſchehen, und der Käufer trägt jenes periculum: „quia sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se quaeri debet“ [6]); es iſt „aversione“ gekauft, ſo: „ut ne degustet, quod difficile est“ [7]); oder es iſt auch noch gar kein Kaufſchluß vorhanden, wenn auch ein Kaufgeſchäft vorliegt, aber jene Befreiung dem Käufer vorbehalten iſt: und auf dieſen Fall geht jenes quasi plenissime venditum [8]). Daß in dieſem Falle der Käufer ſchon vor der Prüfung die actio emti erworben, findet ſich nicht ausgeſprochen [9]). Es kann aber auch der Grund

---

erlangen ſuchen, um von der Gefahr frei zu werden. Es iſt in Folge der Uebernahme dieſer Gefahr von ſelber ſo verkauft: ut degustaretur: L. 4 §. 1. D. eod. Indeß wird ein ſolcher Vorbehalt von Goldſchmidt, a. a. O., I. S. 76 ff. als ſich von ſelber verſtehend vertheidigt, während Fitting ebendaſ. II. S. 214 ff.; nur deſſen Ueblichkeit zugeben will.

6) L. 15. D. cit.

7) L. 4. §. 1. D. eod.

8) L. 1. pr. D. cit. Daher iſt es der Verkäufer, welcher darauf bringt, daß eine Prüfungsfriſt feſtgeſetzt werde; nach deren Ablauf er auch ohne Prüfung des Käufers von der Gefahr befreit wird: L. 4. pr. D. eod. Erreicht er das nicht, ſo trägt er die Gefahr, bis es dem Käufer gefällt, die Prüfung vorzunehmen. Erreicht er es ſo bewirkt er einen weitern Fortſchritt des Geſchäfts; meliorem conditionem emtionis facit: L. 4. §. 1. D. eod. in f., und nicht, wie unſere Texte leſen: „meliorem conditionem emtoris.“ Man hat dieſe letztere Lesart durch Einſchieben eines: non zu emendiren geſucht; während Goldſchmidt, a. a. O., I. S. 95 ff.; es unternommen hat, dieſelbe dadurch zu retten, daß er die in derſelben Stelle dem Käufer für den Fall des Mangels einer Friſtbeſtimmung geſtattete freie Wahl der Prüfungszeit, in eine Obliegenheit zur Benutzung der erſten Gelegenheit zur Prüfung wandelt.

9) Davon ausgegangen, würde die Beſtimmung einer Friſt, der Ausgangspunkt des Erwerbes jener actio werden, und ſo der Lesart: emtoris, ſtatt: emtionis, in L. 4. §. 1. D. cit.; ob. not. 8; wenigſtens ein Sinn abgewonnen werden können.

Digitized by Google

der Unstätigkeit des Geschäfts bis zur Prüfung keineswegs darin gefunden werden, daß es von der Willkühr des Käufers abhänge, den Wein als fehlerhaft zu verwerfen [10]). Es wird vielmehr die Prüfung der Zumessung einer verkauften Quantität in Beziehung auf die Entwickelung des Kaufverhältnisses gleichgestellt, und ihr Unterschied von dieser allein darin gefunden, daß der zu prüfende Stoff wegen Mangelhaftigkeit zurückgewiesen werden könne [11]). Der Einfluß der Zumessung ist aber eben der, das periculum auf den Käufer zu werfen (§. 4. not. 1). Der Grund jener Unstätigkeit ist also der, daß dieser noch nicht Träger des periculum und Schuldner des Kaufpreises geworden ist.

§. 12.

In dem Festhalten an dem Erfordernisse des Uebergehens des periculum auf den Käufer, als Folge des Angeeignetseyns der Gebrauchsgeeignetheit des gekauften Gegenstandes, und des aus diesem Angeeignetseyn entspringenden Schuldigseyns des Kaufpreises, bewahrt der Kauf die Eigenschaft eines den Theilhabern desselben gemeinsamen einheitlichen Verwerthungsverhältnisses, durch welche er die Realität des Contracts empfängt (§. 1. not. 2 ff., §. 3. not. 2 ff., §. 5. not. 2 ff., §. 7. nach not. 20). Es findet dieses Festhalten sich ebenfalls bei Behandlung des pactum displicentiae (§. 7. not. 2 ff.). Bei der addictio in diem dahingegen nimmt das Kaufverhältniß die Gestalt eines Stofferwerbsmittels des Käufers an, dessen Geeignetheit durch Zurückbleiben der Werthseite bei dem Verkäufer verschoben wird. Das Schwinden des gleichen Verhältnisses bei der lex commissoria erklärt sich durch das Zurücktreten der Werthseite aus der Verbindung mit der Stoffseite (§. 6.

---

10) S. Goldschmidt, a. a. O., I. S. 85 ff.

11) L. 34. §. 5. D. de contr. emt. 18. 1.

Digitized by Google

not. 14—18). Das pactum displicentiae wird ſchon mit der Perfection des Kaufes von jedem bedingenden Einfluſſe ausgeſchloſſen, die lex commissoria aber erſt in Folge der Tradition des Kaufgegenſtandes. Um dem pactum displicentiae bedingenden Einfluß zuzuwenden, würde es erforderlich geweſen ſeyn, den Kaufvertrag auch umgekehrt als ein Erwerbsmittel des Verkäufers anzuſehen, deſſen Geeignetheit durch Bedingniſſe hinausgeſchoben werden könnte. Daß dies bei dem pactum displicentiae nicht geſchah, obgleich die Möglichkeit einer venditio conditionalis anerkannt wurde (§. 10. not. 5), findet ſeine Erklärung darin, daß man ungeachtet des Auseinandergehens des Kaufverhältniſſes in zwei Erwerbmittel, welches der Bedingung den Eingang in daſſelbe verſchaffte [1]), das Schulden des Kaufpreiſes und das damit verbundene Uebergehen des periculum auf den Käufer, als Erforderniß der Perfection des Kaufes feſthielt. Dieſes Feſthalten in Verbindung mit der Möglichkeit einer vor dieſer Perfection ſchon vorhandenen venditio conditionalis, führte aber auch zu der durch bloßes pactum vermittelten Weiſe des Contrahirens (§. 11. not. 1 ff.). Mit dem Untergange der Realität des Kaufcontracts, der ſich auch darin bekundet, daß die römiſchen Juriſten ſeinen Urſprung im jus gentium ſuchen [2]), blieb ihm auch in der That keine andere Eigenſchaft, als die eines um ſeines Namens willen mit Klagbarkeit verſehenen pactum [3]); ſobald man von den Wirkungen abſieht, die von ſeiner ehemaligen Realität noch ſtehen geblieben ſind; nemlich der durch die Perfection des Contracts

[1]) Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 132 ff. 150 f. S. 162. S. 167.

[2]) L. 1. §. 2. D. de contr. emt. 18. 1. Archiv f. deutſch. Wechſelr. II. S. 134 f. not. 13.

[3]) In L. 7. §. 1. D. de pactis 2. 14; wird das Gewicht bereits auf den Namen gelegt. Vgl. Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 135 ff. XV. S. 144.

Digitized by Google

ohne Tradition eintretenden Aneignungswirkung in Ansehung der Gebrauchsgeeignetheit des Kaufgegenstandes einerseits, und der Abhängigkeit des Erwerbes des Eigenthums an demselben von der Befriedigung des Verkäufers in Ansehung des Kaufpreises andererseits. Sobald diese Wirkungen ihre innere Verknüpfung mit dem Wesen des Geschäfts verloren, konnten bloße pacta seine Gestalt verändern, so lange es nicht von beiden Seiten erfüllt worden war [4]). Allein in der Summe des Kaufpreises, wurde das Kaufverhältniß als ein geschlossenes Werthstück aufrecht erhalten, indem deren Veränderung als ein neuer Kauf angesehen wurde [5]). Eine Gränze zwischen diesen Abänderungen des Inhalts, die immer in ein bedingendes Verhältniß treten mußten zu dem Anspruche desjenigen, der sie zu erfüllen hatte; — und den eigentlichen Bedingungen, konnte nur noch gezogen werden, indem die Hinzufügung der letzteren auf die Zeit vor der Perfection des Geschäfts beschränkt wurde [6]), und sie dadurch in die Verrichtung traten, diese Perfection hinauszuschieben. Der Einfluß des Deficirens der Bedingung auf das geschlossene pactum emendi vendendique [7]), konnte aber ebenfalls kein resolvirender seyn, weil durch dasselbe noch überall nichts Stätiges in's Daseyn gerufen war. Aus gleichem Grunde konnte auch das Eintreten der Bedingung nicht mit der rückwirkenden Kraft bekleidet seyn, und der Käufer nicht das

---

4) L. 6. §. 2. D. de contr. emt. 18. 1.

5) L. 72. D. de contr. emt. 18. 1. Also nicht als eine Novation eines bereits geschlossenen und fortdauernden Kaufverhältnisses. S. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 140 ff. Heidelberg. Jahrb. d. L. 1857, S. 417 ff.

6) L. 44. §. 2. D. de oblig. et act. 44. 7.

7) Nicht pactum et contrahendo; eine Auffassung, zu welcher Goldschmidt, a. a. O., I. S. 270 ff. mit not. 23; sich neigt. Für ein pactum dieser Art gibt es nur Raum unter der Herrschaft einer s. g. Rechtspolizei, zum Zwecke der Herstellung des polizeimäßigen Gewandes eines geschlossenen Vertrages, z. B. durch schriftliche oder gerichtliche Errichtung.

Digitized by Google

periculum, beziehungsweise das commodum, von der Zeit des Abschlusses des pactum an tragen (§. 10 a. Anf.) oder genießen.

§. 13.

Es konnte ferner auch kein Bedingniß, dessen Eintreten von dem Willen eines der Paciscenten abhing, eine Bedingung seyn, sondern immer nur ein zweites pactum, welches die Wiederaufhebung des pactum emendi vendendique für den Fall des Deficirens festsetzte. Denn es konnte das pactum in Ermangelung einer stätigen rechtlichen Wirkung nur eine Thatsache seyn, die kein bedingtes Daseyn zu haben vermag [1]). Insofern man demnach beim pactum displicentiae nicht die reale Natur des Kaufes aufrecht erhielt, mußte es dem Bedingnisse: si placebit, gleich werden; indem letzteres dann eben nichts anderes war, als das pactum: daß das pactum emendi vendendique aufgehoben seyn solle, si displicuisset [2]). Das eine wie das andere aber, mußte dann das pactum emendi in eine Erscheinung einer Willkühr auflösen, die auch das pactum vendendi ergreifen, und beide auf nichts zurückführen würde, so lange sie in Abhängigkeit von einander ständen [3]). In der

---

[1]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 111.

[2]) Das Eintreten des displicere, ist nichts anders, als das Deficiren des placere, und umgekehrt. Das eine wie das andere macht die Stätigkeit vom placere abhängig. Eine Verschiedenheit des Einflusses wird allein bewirkt, durch das Hinzutreten einer realen Wirkung oder durch deren Mangel. Durch ersteres wird er eine Reaction des displicere, durch letztere Inactivität des placere.

[3]) Das: nolle; des: venditum esse; würde, contra voluntatem nolentis, dem: nolle; des: emtum esse; gleich werden, und das: velle; des letztern entkräften. Daß das displicere, und ebenfalls das placere, nur Willenserklärung ist, liegt zu Tage: ob. §. 1. not. 7. Auch steht das velle und nolle in derselben Abhängigkeit von der Nöthigung von Beweggründen, wie das displicere und das placere.

Digitized by Google

Trennung beider von einander aber, würde das selbstständige pactum emendi nichts anders seyn, als das Bedingniß der Unwiderruflichkeit eines Widerruflichen, nemlich der Kaufofferte; was an die Stelle der Auflösung in Willkühr, eine Auflösung in Unsinn setzt. Anders gestaltet sich das Verhältniß erst dann, wenn das pactum mit obligirender Kraft bekleidet wird. Es wird dann ein pactum der fraglichen Art, in seiner Trageweite gleich einer die Wirksamkeit einer causa bewahrenden Stipulation [4]), mittelst welcher der Kaufende sich ein emtum esse bedingt, unter der Bedingung, daß er Schuldner des Kaufpreises geworden seyn werde. In Folge davon wird der Verkäufer befreit, wenn die Bedingung deficirt, und die Wirksamkeit des emtum esse wird suspendirt, bis die Bedingung existirt. Die Existenz der Bedingung des emtum esse besteht aber in der Existenz des venditum esse, welches in Folge der Wirksamkeit des emtum esse hervorgerufen wird; und dieses venditum esse ist durch das placere des Käufers bedingt. Es stellt das unwirksame emtum esse, sich dem placere gegenüber als unbedingt und selbständig auf. Es steht die Willkührlichkeit dieses placere demnach seiner Geeignetheit zum Bedingen nicht entgegen, weil es in dem unwirksamen emtum esse einen Gegenstand hat, der durch Willkühr aufgegeben werden kann. Daß in solcher Lage auch die Bedingung si volet anwendbar ist, zeigt deren Möglichkeit bei dem necessarius heres und dem Legatar [5]). Indem aber das ven-

[4]) Daß dem pactum dieselbe obligirende Kraft, wie der Stipulation, im römischen Rechte beigelegt worden, wird damit nicht behauptet. Denn wenn auch nach neuerm Rechte es gleichgültig ist, in welchen Worten die Stipulationsfrage gefaßt worden: L. 10. C. de contr. stip. 8. 38. §. 1. J. de verb. oblig. 3. 15; so ist doch damit nicht gesagt, daß diese Frage nicht mehr erforderlich war, und daher jedes pactum als eine Stipulation betrachtet werden konnte.

[5]) Denen die Willenserklärung auch per expressum: ob. §. 1. not. 7; als Bedingung der Erhaltung des ihnen ipso jure zugefallenen Erwerbes auf-

Digitized by Google

ditum esse durch das willkührliche placere bedingt iſt, wird auch die Wirkſamkeit des emtum esse durch daſſelbe, aber mittelbar, ſuspenſiv bedingt. Dies iſt die Gliederung des Anſchauungstaumels, deſſen Ergebniß zur Erſcheinung kommt in der in usum Delphini aufgetiſchten emtio [6]) sub conditione: si tibi placuerit (§. 1. not. 8). Das iſt zwar nicht mehr das Recht, ſondern Phantaſie. Geſchrieben indeß iſt es einmal. Aber bis zum reſolutiv bedingten Kaufe geht es nicht. Um zu einer reſolutiven Bedingung [7]) zu kommen, müßte auch noch das venditum esse in den Abſchluß des pactum verlegt werden, was die Folge haben würde, daß das Deficiren der mittelbar ſuspenſiven Bedingung des emtum esse, nemlich das Deficiren des placere durch das eingetretene displicere, das venditum esse reſolvirte [8]). Das wäre aber eine Rückziehung, wiewohl keine Rückziehung der Bedingung (§. 8. not. 4 ff.), ſondern eine Rückziehung der Wirkſamkeit des Geſchäfts, die

---

erlegt werden kann: L. 69. D. de hered. inst. 28. 5. u. L. 4. D. eod. L. 12. D. de cond. inst. 28. 7. L. 65. §. 1. D. de legat. I. L. 69. D. de cond. et demonstr. 35. 1.

[6]) Ob hier: §. 4. J. de emt. ed vend. 3. 24; abſichtlich bloß die emtio genannt worden? während im pr. J. eod. es heißt: emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit."

[7]) Daß dieſe Bedingung verdrängt werden mußte, ſobald der Stofferwerb dem Stückerwerbe gegenüber zur Selbſtändigkeit gelangte, zeigt der Gegenſtand ihres Einfluſſes und die Entwickelung des Stofferwerbes: ob. §. 6. not. 15—18; Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 171 ff. Daß die eigentliche, nemlich mit aufhebender Rückwirkung in Anſehung des Stofferwerbes bekleidete Reſolutivbedingung ein Erzeugniß ſpäterer Zeit ſey: Fitting a. a. O., II. S. 266 ff.; widerſpricht jener Entwickelung.

[8]) Eine ſolche Doppelſeitigkeit der Bedingung in der Gleichzeitigkeit der Verrichtung des Suspendirens und des Reſolvirens, wurde bereits hervorgehoben in den Berathungen über das deutſche Handelsgeſetzbuch: Protoc. S. 611; aber nicht anerkannt.

Digitized by Google

nur Platz greifen könnte, wenn mit dem Abschluß des pactum auch ein venditum esse seine rechtliche Wirksamkeit empfangen hätte. Diese Wirklichkeit würde aber nur vermittelt werden, wenn das emtum esse als eine causa des venditum esse aufgefaßt würde. Und es würde dessenungeachtet eine solche Resolution nie die Entziehung eines erworbenen Stoffes, und daher nicht die Resolution der Resolutivbedingung (§. 6. not. 15), sondern immer nur eine Solution der Obligation des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises sein.

§. 14.

Bei der heutigen Klagbarkeit des bloßen pactum, kann das fragliche Bedingniß entweder die Klagbarkeit hinausschieben, oder eine Aufhebung der Klagbarkeit begründen. Die neueren Particulargesetze behandeln den letztern Fall, den sie theilweise dann als vorhanden ansehen, wenn der Kaufpreis bereits gezahlt worden [1]), dem römischen pactum displicentiae gleich [2]). Sie nennen zwar zum Theil das gedachte Bedingniß eine Resolutivbedingung [3]). Da aber hier der Bedingung keine rückwirkende Kraft beigelegt wird [4]), so ist die Tragweite jener Resolutivbedingung keine andere, als die des pactum displicentiae. Im erstern Falle nehmen sie dahingegen zum Theil noch gar keinen Kaufschluß an, und daher auch keinen bedingten, sondern kennen ihn nur in der, ebenfalls im römischen Rechte sich findenden [5]) Gestalt der Uebergabe eines Stoffes an einen Kauflustigen zur Probe, um einen Kauf zu Stande zu bringen [6]),

---

[1]) Oesterr. Gesetzuch §. 1081.

[2]) Ebendas. a. a. O., Preuß. Landrecht I. 11. §. 333.

[3]) Preuß. Landr. a. a. O.

[4]) Bornemann: Preuß. Civilr. I. §. 62. Preuß. Landr. I. 4. §. 101. 115 f. I. 11. §. 257 f. 261 f. 298 ff. I. 12. §. 478 ff. 489.

[5]) L. 20. pr. §. 1. D. praescr. verb. 19. 5. L. 52. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

[6]) Preuß. Landr. I. 11. §. 333—336. Oesterr. Gesetzb. §. 1080. 1081.

Digitized by Google

betrachten theils auch den Empfänger als Entlehner [7]). Das französische Recht kennt ihn aber als suspensiv bedingten Kauf, aber in Folge davon, daß es die Verkaufszusage dem Kaufe gleichstellt [8]). Dabei ist überall, gleich wie im römischen Rechte, vorausgesetzt, daß das Geschäft eine species als gegenwärtigen oder zukünftigen Kaufgegenstand zum Gegenstande hat. Den Bestimmungen des Entwurfes des deutschen Handelsgesetzbuches über diesen Gegenstand (§. 1. not. 1), läßt sich indeß eine so beschränkte Richtung nicht beilegen. Sie werden auch den Fall umfassen, wo eine Waaren-Quantität in genere verkauft worden ist, und bei der Probe oder dem Besehen erst der Waarenstoff in specie vorgelegt wird [9]). Es würde in diesem Falle die Displicenz nur dann schlechthin die Vereitelung des Geschäfts zur Folge haben, wenn durch dieses Vorlegen dasselbe auf diese species beschränkt würde, und demnach die Displicenz nicht, als bloße Empfangsverweigerung, dem verkaufenden Theile die Vorlegung eines andern Waarenstoffes noch offen ließe. Die Beschränktheit des Raumes nöthigt indeß, von einer weitern Ausführung dieses Falles abzustehen. Nur das wird hier hervorzuheben nöthig seyn, daß in einem solchen Falle einerseits zwar der verkaufende Theil die Befugniß haben muß, von dem Kaufenden zu verlangen, daß er sich einen Stoff zur Prüfung oder zum Besehen vorlegen lasse; daß aber die Befugniß dadurch müßig wird, daß der Ablauf der Erklärungsfrist, die dem kaufenden Theile gesetzt ist, oder die an ihn ergehende Aufforde-

---

7) Oesterr. Gesetzb. §. 1081.

8) Code civ. art. 1588. 1589.

9) Nur dann wird der Kauf vertretbarer Stoffe, von dem Kaufe nicht vertretbarer Stoffe verschieden. Des ersteren wird in den Berathungs-Protocollen S. 516 ff. S. 672 ff. bei Gelegenheit des Lieferungsgeschäfts gedacht; und im heutigen Handelsverkehr sind bekanntlich Käufe über ein genus eine gewöhnliche Erscheinung. Vgl. auch ebendas. S. 659.

Digitized by Google

rung zur Erklärung, das Geschäft zur Abwickelung bringt [10]). Andererseits muß aber auch dem kaufenden Theile die Befugniß zustehen, jenes Vorlegen zu verlangen, und es erscheint daher keineswegs angemessen, bloß dessen Genehmigung als das Bedingniß aufzustellen, unter dem er gekauft hat [11]). Dahingegen aber ist die Genehmigung desselben allein dasjenige, welches als Bedingung der Verbindlichkeit desselben zur Zahlung des Kaufpreises wirkt [12]).

§. 15.

Der gedachte Entwurf hat nun über die Natur des Kaufgeschäfts keine besonderen Bestimmungen aufgestellt, will also diese aus dem Civilrechte geschöpft wissen [1]). Dieser Umstand ist ein Hinderniß für den Gebrauch des dem Handelsverkehre entsprechenden Ausdruckes des fraglichen Geschäfts. Es ist im Sinne dieses Verkehrs, ein Verkaufsengagement. Der verkaufende Theil ist als Verkäufer verhaftet; der kaufende Theil aber noch nicht als Käufer. Wollte man dem Zuge folgen, der das Geschäft als Handel nach Laune, Belieben Gefallen, bezeichnet hat [2]), so würde man dahin kommen, es einen Kauflustigkeitshandel zu nennen. Es hat aber alin. 1 des art. 316 des gedachten Entwurfs, der Auffassung des Geschäfts dadurch Schwierigkeit bereitet, daß er das, was bedungen ist, nemlich Besicht und Probe, mit dem bedingenden, nemlich

---

[10]) Entwurf des allgem. deutsch. Handelsgesetzb. art. 316. al. 2—4.

[11]) Wie Fitting, a. a. O., S. 280 f; vom Standpunkte der Bedingung aus es will.

[12]) S. auch Berathungsprot. S. 609.

[1]) Entwurf d. allg. d. Handelsgesetzb. art. 1. Daß der Kauf als eine Art der Anschaffung von Waaren genannt ist: ebend. art. 254; trägt zur Bestimmung seiner Natur nichts bei.

[2]) S. Goldschmidt, a. a. O., I. S. 118 ff. Fitting, ebendas. II. S. 223 ff.

Digitized by Google

der Genehmigung, in eine: im Willen des Käufers stehende Bedingung, zusammenzieht, und dieselbe im Zweifel als eine aufschiebende betrachtet, also der Möglichkeit des Schließens desselben unter einer auflösenden Bedingung Raum gibt [3]) Eine solche auflösende Bedingung könnte nun nie etwas anderes seyn, als das pactum displicentiae, also ein zweites Geschäft, welches den Käufer zum inemtum facere berechtigte (§. 7. not. 5 ff.), und eine besondere klagbare Forderung desselben auf Wiedererstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Waare erzeugte, indem die Erklärung seiner Displicenz ihn, nach deutscher Auffassung unmittelbar [4]), von dem Schuldigseyn des Kaufpreises wiederum befreite. Es würde daher dem Verhältnisse entsprechender seyn, diese Qualificirung der Bedingung zu meiden. Es erscheint aber auch Bedürfniß, die Mischung des Bedungenen und des Bedingenden abzuwenden. Es dürfte dies am einfachsten vermittelt werden, wenn der gedachte alin. 1 des Art. 316 des Entwurfes die Fassung erhielte: Hat der Käufer sich den Besicht oder die Probe der verkauften Waare bedungen, so wird der Kauf durch die in seinem Willen stehende Genehmigung der Waare oder des Geschäfts abgeschlossen, und erst durch diese dem Verkäufer die Forderung auf Zahlung

---

3) Wörtlich: „Ein Kauf auf Besicht oder auf Probe ist unter der in dem Willen des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, daß der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde. Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende."

4) Aus dem Grunde, weil das Kaufverhältniß hier nicht als ein abgeschlossenes Werthstück (ob. §. 7. nach not 20. §. 12. a. Anf.) gilt, und daher dem Einflusse von nach dem Vertragsschlusse eintretenden Umständen keinen ausschließenden Widerstand entgegensetzt: Haimerl's Mag. XIV. S. 315 ff. 326 ff.

Digitized by Google

des Kaufpreises erworben[5]). Es wird durch diese Faſſung einestheils hervorgehoben, daß es ſich um einen Doppelvertrag handelt, nemlich eine Kaufvereinbarung mit einer zweiten Vereinbarung[6]), welche deren bindende Wirkung für den Kaufenden in deſſen Genehmigung verlegt, und daher die ihm erworbene Berechtigung von einem Thun deſſelben abhängig macht, welches, als ein Vollenden, ihm ſeiner Natur nach eine Beendigung auferlegt[7]). Es wird anderntheils der Anſtand entfernt, den das: „aufſchiebende"; der Bedingung bei dem Unverſchulten erregen muß, der unter: Bedingung, ſich eben nur das Bedungene denkt. Es wird ferner der Anſtoß beſeitigt, den es erregt, daß hier in abgeriſſener Weiſe eine Bedeutungserklärung zum Vorſchein kommt, die mit dem: „im Zweifel" iſt die Bedingung eine aufſchiebende; ſich eine ſchulende Auslegungsregel anhängt. Es wird der Mißklang vermieden, daß die Bedingung ſelber in den Willen des Käufers geſtellt wird, und es wird dem Bedingungsſchwindel der Juriſten der Eingang gewehrt. Die Befugniß zur Probe oder zum Beſichte iſt gegeben, indem deren Vornahme als das Bedungene bezeichnet iſt, und die Beſtimmung, daß die Forderung des Kaufpreiſes erſt mit der Genehmigung des Verkäufers entſtehe, ſetzt, in Verbindung mit der Bezeichnung der Waare als verkaufter, es außer Zweifel, was unter dem Abſchluſſe des Kaufes zu verſtehen ſey, und unterſcheidet ihn von der Vereinbarung ſelber, oder dem Verkaufsengagement. Die Alternative der Genehmigung der Waare

---

5) Vorſchläge zu anderer Faſſung, bei Goldſchmidt, a. a. O., I. S. 455; Fitting, ebendaſ. II. S. 280.

6) Bei der Weiſe, wie zuweilen Käufe beredet werden, iſt ein ſolches Hervorheben nicht gleichgültig.

7) Nur dadurch rechtfertigt es ſich, in Ermangelung einer verabredeten

oder des Geschäfts, bringt es zur Erscheinung, daß die Probe oder das Besehen nur Befugniß sey [8]). Noch angemessener aber würde es seyn, den Eingang jenes alin. 1. so zu fassen: Hat der Käufer sich die Untersuchung der verkauften Waare, sey es als Probe, oder Besicht, oder in anderer Weise, bedungen, ohne daß deren versprochene Beschaffenheit durch vorgezeigte oder übergebene Erkennungsmittel derselben, seyen sie Probe oder Muster, bestimmt worden ist, so wird der Kauf u. s. w. — Es würde diese Fassung der fraglichen Bestimmung auch da ihre Bedeutung sichern, wo kein localer Gebrauch das in Rede stehende Geschäft mit den Clauseln: auf Besicht oder Probe; kennzeichnet, und dasselbe entschiedener von den zum Abschlusse gediehenen Käufen scheiden, denen ähnliche Clauseln als bloße Empfangsclauseln zugefügt werden [9]).

Genehmigungsfrist, das beliebige Verschieben seiner Erklärung abzuschneiden, wie es durch den Entwurf d. deutsch. Handelsg.-B. art. 318. al. 3 geschieht.

[8]) Im Uebrigen bleibt es gleich, ob die Waare oder das Geschäft als Gegenstand der Genehmigung angesehen wird, so lange man es festhält, daß der Käufer die Waare genehmigt, weil sie ihm um den bedungenen Preis gefällt, und nicht zu genehmigen braucht, wenn sie auch um einen mindern Preis ihm gefallen würde. Das Ziel der Genehmigung bleibt also immer das Geschäft; und damit stimmt es auch überein, daß sie nach dem Entwurfe d. deutsch. Handelsg.-B. art. 324. al. 4; dem Käufer die Aufhebung des Geschäfts wegen heimlicher Mängel nicht entzieht. Daß ein Unterschied zwischen dem perfecten Kaufe mit pactum displicentiae, und einem bedingten Kaufe, der darin bestände, daß jener durch Mißbilligung schlechthin seine Auflösung fände, dieser aber durch Billigung der Waare bedingt sey: Goldschmidt, a. a. O., II, S. 117 ff.; auch nach römischem Rechte eine willkührliche Unterstellung ist, lehrt die Ansicht der röm. Aussprüche, die das Gefallen oder Mißfallen immer auf die res vendita beziehen. — Es heißt ebend. S. 72. not. 32: „es ist unglaublich, welchen unpractischen Unsinn man den practischen Römern andichtet."

[9]) Clauseln dieser Art, deren Sinn nicht immer außer Zweifel ist, finden sich genannt bei Goldschmidt, a. a. O., I. S. 440 ff. Sofern sich nicht

Digitized by Google

ein bestimmter Sinn gebildet hat, können sie theilweise mit dem hier in Frage stehenden Genehmigungsvorbehalte gleichbedeutend genommen werden. Namentlich führt der Ausdruck: Probe; dahin, wenn man darunter, wie es geschieht, bald den zur Probe gegebenen Stoff, bald die Prüfung versteht; und der Entwurf des deutsch. Handelsg.-B art. 318 hat Veranlassung gefunden, noch einen Kauf „zur Probe" hinzuzufügen, worin man unsere Genehmigungsclausel finden würde, wenn nicht dabei gesagt wäre, daß es ein Kauf unter der Angabe des Beweggrundes sey; woraus man sieht, daß dabei von einer Clausel so wenig, als von einer besondern Art des Kaufes überhaupt, die Rede ist. Uebrigens kann die Untersuchung der Waare auch in anderer Weise geschehen, als durch das, was man Proben oder Besehen zu nennen gewohnt ist, z. B. die Qualität von Getraide durch Wägen, indem das Verhältniß der Schwere zum Maaße die Güte kennzeichnet.

Digitized by Google

XII.

Der Verschollene als Erbe.

Ein Nachtrag bezüglich des Beitrags des Herrn Hofgerichtsraths Dr. Schäffer zum 5. Band der Neuen Folge dieser Zeitschrift S. 397 ꝛc.: „Vom Erwerbe einer Erbschaft für einen Verschollenen."

Von

Herrn Adv. Bopp in Darmstadt.

Wohl durfte der Verfasser der Schrift: Die deutsche Rechtsreform und der Versuch eines hessischen Gesetzbuchs, die im Jahr 1846 erschien, Fischer von Birkenfeld, indem er diesen Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen einer Betrachtung unterwarf, sich auch dahin äußern: „Das Rechtsverhältniß abwesender Personen gehört zu den Materien, deren Interesse, schon jetzt nicht gering, sich in der Zukunft bedeutend steigern muß. Durch die zunehmende Auswanderung in überseeische Länder, eine nothwendige Folge der wachsenden Bevölkerung, wird diese in den Quellen des gemeinen Rechts wenig be-

Digitized by Google

handelte Lehre nothwendig praktisch." Mit aus diesem Grunde hat auch die Doctrin in neuerer und neuster Zeit dieser Lehre eine vermehrte Aufmerksamkeit zugewendet. Dies gilt besonders von dem so werthvollen Beitrage zum ersten Band des Jahrbuchs des gemeinen deutschen Rechts, herausgegeben von den Professoren Bekker und Muther, Leipz. 1857: Die Verschollenheit von Bruns, auf welche im Allgemeinen sich bezogen wird.

Herrn Hofgerichtsrath Dr. Schäffer in Gießen verdanken wir eine Darstellung im fünften Band der Neuen Folge gegenwärtiger Zeitschrift S. 397—435: Vom Erwerbe einer Erbschaft für einen Verschollenen, der auch zur Illustration der Rechtsübung dient, indem mehrere Rechtsfälle, besonders aus der Praxis des obersten Gerichtshofs für das Großherzogthum Hessen, mitgetheilt werden. Es sei erlaubt, diesem Beitrage gewissermaßen ein Supplement folgen zu lassen, und zwar durch Darstellung eines weiteren etwas neueren Rechtsfalls aus der Praxis des gleichen höchsten Gerichts. Zugleich Hinblicke auf die Praxis anderer höchsten Gerichtshöfe in Deutschland und die seit jenem Beitrage erwachsene neuere Literatur.

Am 14. November 1846 reichten Intestaterben des Pfarrers H. zu Langstadt in der Provinz Starkenburg bei dem obersten Gericht eine Beschwerdevorstellung ein, wesentlich des Inhalts: „Vor einigen Jahren starb zu Langstadt der Pfarrer H., ohne einen Leibeserben oder einen letzten Willen zu hinterlassen. Zu seinem Nachlasse berief das Gesetz seine nächsten Seitenverwandten, die drei Kinder seiner früher verstorbenen Schwester: 1) die Frau Burggräfin R. zu Hanau, 2) den Forstmeister F. zu Weilburg und den ehemaligen Sekretär F. zu Gießen. Die beiden Ersteren meldeten sich als Erben und traten die Erbschaft an; Letzterer ließ nichts von sich hören. Hiernach hätte, da das mit der Besorgung dieser Verlassenschaftssache beauftragte Landgericht Umstadt zur Geltendmachung der Ansprüche

Digitized by Google

an den Nachlaß unter dem entsprechenden Rechtsnachtheil öffentlich aufgefordert hatte, den Ersteren der Nachlaß sofort überwiesen werden müssen. Darauf trugen sie auch am 6. November 1844 an. Dabei gaben sie, da der dritte Erbe seit Jahren abwesend sei, ohne daß sein Aufenthalt bekannt, dem Landgericht anheim, ihn in öffentlichen Blättern aufzufordern, sich innerhalb bestimmter Frist zu erklären, ob er die Erbschaft antreten wolle, widrigenfalls der gesammte Nachlaß seinen beiden Geschwistern, welche die Erbschaft angetreten, überwiesen werde. Das Landgericht resolvirte unterm 12. December, daß es bereits bei Großh. Hofgericht die Bestellung eines Curators des Abwesenden beantragt habe. Darum Eingabe bei diesem Gerichtshof: Eine solche Bestellung verordne das Gesetz nicht; es handle sich von Antretung einer Erbschaft, die ohnehin per procuratorem nicht geschehen könne; das Gericht habe genug gethan, wenn es alle Betheiligte besonders oder durch Edictalien geladen habe; wolle ein später erscheinender Erbe Ansprüche geltend machen, so habe er sie gegen die Erben zu richten, welche die Erbschaft angetreten hätten. Dem Abwesenden gegenüber beschränke sich der Beruf des Gerichts auf die Verwaltung und Erhaltung des von ihm hinterlassenen Vermögens. In dem erforderten Bericht sprach sich das Landgericht dahin aus: Wenn es auch richtig stehe, daß nach Civilrecht die Erbschaft durch den Procurator nicht angetreten werden könne, so sei es doch fraglich, ob die Vorschrift des prätorischen Rechts, daß bonorum possessio durch einen Bevollmächtigten agnoscirt werden könne, das Gericht verbinde, einem Abwesenden, dem eine Erbschaft angefallen sei, zur Wahrung seines Rechts einen Curator zu bestellen. Verzichte dieser auf den Erwerb der Erbschaft, so werde der Abwesende übergangen, agnoscire er aber bon. poss. und mache die Ansprüche seines Curanden im Rechtswege geltend, so entscheide der Richter, der in beiden Fällen sich außer Verantwortlichkeit befinde. Da übrigens der früher als Specialbevollmächtigter des Abwesenden aufgetretene Real-

Digitized by Google

lehrer St. zu Gießen nun auch zu dessen Curator ernannt sei, und früher selbst die von den Beschwerdeführern geforderte Maßregel directer Aufforderung des Abwesenden vorgeschlagen habe, so werde, wenn er in seiner Eigenschaft als Curator den Vorschlag wiederhole, auch das bisherige Verfahren die Beschwerde von selbst erledigen."

„Der Gerichtshof gab der Beschwerde keine Folge: Es müsse bei der landgerichtlichen Verfügung sein Bewenden behalten, da nach Gesetz und constanter Rechtsübung der provisorische Besitz von Erbschaftsgütern auch durch Dritte agnoscirt werden könne, der Curator eines Abwesenden aber, wie jeder andere Pfleger, berufen sei, die Rechte seines Curanden, und zwar nicht blos hinsichtlich des bereits erworbenen, sondern auch bezüglich des erst anfallenden Vermögens zu wahren."

„Wir baten hierauf den Gerichtshof um Remedur: unser Interesse sei ein doppeltes, indem wir baldmöglichsten Besitz des uns Zukommenden wünschten, ferner den unserm abwesenden Bruder angefallenen Erbantheil diesem auf die möglichst kostenfreie und sichere Weise zu erhalten und uns selbst bei dessen fernerem Fernbleiben zu sichern wünschten; denn das sei zweifellos, daß dieser Erbantheil nach der Verschollenheitserklärung nicht dessen Erben, sondern uns, den Nachfolgern des Erblassers, gebühre. Uebrigens wollten wir, mit Vorbehalt aller Rechtszuständigkeiten, die Auseinandersetzung des Nachlasses, unter Mitwirkung des Curators, geschehen lassen, nur behielten wir uns Anträge bezüglich der Ueberlieferung des dem Abwesenden angefallenen Erbantheils vor, verwahrten uns dagegen, daß er dem Curator überwiesen werde, bis rechtskräftig dahin erkannt worden sei."

„Der Nachlaß wurde vertheilt; wir gaben zu, daß jener Erbantheil einstweilen dem Curator überlassen werde, unter Wiederholung jenes Vorbehalts. Diesem gemäß ersuchten wir am 2. v. M. den Gerichtshof, zu verfügen, daß dieser Erbantheil, unter Aufhebung der Curatel, uns ausgeantwortet

Digitized by Google

werde, mit Beifügung der eventuellen Bitte: den Abwesenden öffentlich aufzufordern, sich über die Antretung der Erbschaft zu erklären, widrigenfalls uns der ganze Nachlaß zugewiesen werden solle. Zur Begründung dieses Gesuchs trugen wir, unter Bezugnahme auf früher Vorgetragenes, noch vor: Die Curatel über Abwesende sei nur eine Vermögenscuratel und habe hiernach nur den Zweck, für die Erhaltung des Vermögens desselben zu sorgen. Sonach erstrecke sich der Beruf des Staats nicht darauf, einem Abwesenden die Gelegenheit zum Erwerb neuen Vermögens so lange offen zu halten, bis er zurückkehre oder für verschollen erklärt werden müsse; der Richter habe genug gethan, wenn er den Abwesenden öffentlich lade. Das Landgericht habe darum eine Curatel angeordnet, weil es irrig davon ausgegangen sei, der Curator könne sich über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft erklären, da bon. poss. auch durch den Procurator agnoscirt werden könne; es habe dabei übersehen, daß dazu ein Auftrag des Erben, also eine eigene Erklärung desselben erfordert sei; daß diese Ansicht irrig, habe der Gerichtshof dadurch ausgesprochen, daß es dem bestellten Curator nur eine interimistische Verwaltung zugestanden, ihm nicht die Befugniß eingeräumt habe, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen; habe aber dieses nicht geschehen können, so fehle der Grund zur Anordnung einer Curatel. Da so diese Anordnung eines rechtlichen Grundes ermangele, die Erben schon durch öffentliche Ladung aufgefordert gewesen seien, sich über den Antritt der Erbschaft zu erklären, so hindere nichts die Ausantwortung der Erbschaft an die Erben, welche angetreten, ohne Rücksicht auf den Miterben, der sich nicht erklärt habe, und dem es nach seinem Hervortreten überlassen sei, seine Rechte gegen jene zu verfolgen."

„Der Gerichtshof gab unserer Bitte keine Folge, weil nach seiner constanten Rechtssprechung Abwesenden deferirte Erbschaften so lange von einem Curator interimistisch verwaltet würden, bis er zurückgekehrt sei und sich über die Antretung

Digitized by Google

erklärt habe, oder bis er mit Tod abgegangen oder für verschollen erklärt worden sei" [1]).

„Das Recht der Erben, welche angetreten haben, auf Ausantwortung des ganzen Nachlasses wird beeinträchtigt, wenn der Richter ihnen einen Theil desselben darum vorenthält, weil einer der zur Erbschaft Berufenen sich darum über den Antritt nicht erklärt hat, weil er abwesend und sein Aufenthalt unbekannt ist. Diese Maßregel wäre nur dann zu rechtfertigen, wenn das Gesetz den Richter auffordert, für den Abwesenden in dem Umfange zu sorgen, daß ihm sich darbietende Gelegenheiten zu einem Vermögenserwerb offen gehalten würden; ein solches Gesetz fehlt, und so fragt es sich nur, ob sich aus der Natur des Instituts der cura absentis mit Nothwendigkeit eine solche Fürsorge ergebe? Die Frage ist zu verneinen, weil sie eine Vermögenscuratel ist, darauf abzweckend, dem Abwesenden sein zurückgelassenes Vermögen mit seinen Früchten zu erhalten. Der, welcher seine Heimath verläßt, ohne Kunde von seinem jetzigen Aufenthalt zu geben, hat sich alle daraus ergebenden Nachtheile zuzuschreiben."

Dieser Beschwerdevorstellung wurde das Gesuch angehängt, das Tribunal möge Großh. Hofgericht aufgeben, dem in der Eingabe vom 2. v. M. gestellten primären, oder doch dem eventuellen Antrage zu entsprechen.

Zum Bericht über diese außergerichtliche Beschwerde veranlaßt, äußerte sich das Hofgericht dahin: Ueber die Frage, ob die einem Abwesenden deferirte Erbschaft von dessen Curator

---

[1]) Uebereinstimmend die Praxis in Würtenberg. Monatschrift für die Justizpflege in Würtenberg, Band 12, 1847, S. 309. Für diese Doctrin hat sich auch entschieden der Verfasser des Artikels: Verschollenheit im 12. Band des Rechtslexicons, 1858, S. 712, 713. Dagegen: Blätter für Rechtsanwendung. Jahrg. 1854, S. 17 ꝛc. 33 ꝛc. (Schletters Jahrb. Band 1, 1855, S. 229): Ueber den Anfall einer Erbschaft an Verschollene.

Digitized by Google

angetreten werden könne, und inwiefern in dieser Hinsicht das Gericht zur Wahrung der Rechte des Abwesenden von Amtswegen verpflichtet sei, herrschten abweichende Meinungen. Gegenüber einer Reihe von Fällen habe sich der Gerichtshof dafür entschieden, was seinen Erlassen zu Grunde liege [2]).

Unterm 29. Januar 1847 rescribirte das oberste Gericht Großh. Hofgericht: Wir sind darin vollkommen mit Ihnen einverstanden, daß nach der bestehenden Gesetzgebung die von Gerichtswegen für einen Abwesenden anzuordnende cura, welche immer nur eine cura realis ist, den Curator nicht dazu legitimirt, eine dem Abwesenden, dessen Aufenthalt unbekannt ist, angefallene Erbschaft für diesen anzutreten, oder auch nur bonorum poss. zu agnosciren, indem auch diese Handlung immer einen Auftrag des eigentlichen Erben voraussetzt, an

---

[2]) Der Gerichtshof hatte durch einen besonderen Eintrag seine Praxis dahin präcisirt: Wenn einem Abwesenden eine Erbschaft deferirt wird, so wird a) der diesem Abwesenden bestimmte Erbantheil einem zu bestellenden Curator zur interimistischen Verwaltung übergeben, und diese Verwaltung bis zum Tode des Abwesenden oder bis zum Zeitpunkte fortgesetzt, wo derselbe, den Gesetzen nach, für todt (verschollen) zu betrachten ist; b) dieser Curator ist nicht befugt, Namens des Abwesenden die demselben deferirte Erbschaft anzutreten, insofern daher c) der Abwesende nicht etwa als suus heres erscheint, bei welchem es zum Behuf der Erwerbung ihm deferirter Erbschaften einer Erbschaftsantretung nicht bedarf, erwirbt derselbe das Eigenthum der ihm angefallenen und von dem Curator interimistisch verwalteten Erbschaft nicht eher, bis er dieselbe auf rechtsbeständige Weise antritt; erfolgt d) diese Antretung vor dem Tode oder dem Zeitpunkte, wo der Abwesende nach dem Gesetz für todt zu betrachten ist, nicht, so fällt die für denselben bestimmt gewesene Erbschaft oder Erbportion nicht seinen Erben zu, sondern denjenigen Erben des Erblassers, welche dieselbe erhalten haben würden, wenn zur Zeit des Erbschaftsantritts der Abwesende nicht mehr am Leben gewesen wäre (Bezug auf 6 Erkenntnisse und Beschlüsse aus den Jahren 1832—1844).

Sammlung interessanter Beschlüsse des Großh. Hess. Hofgerichts der Prov. Starkenburg, Nr. 126. Erbschaften betreffend, welche Abwesenden anfallen S. 54, 55.

Digitized by Google

dem es in einem solchen Fall gebricht [3]). Die Wirksamkeit des Curators kann sich sonach, wie Sie ebenfalls anerkennen, nur auf Verwaltung eines Erbtheils beschränken, von dem es noch ungewiß ist, ob der dazu Berufene zur Zeit des Anfalls noch gelebt hat, oder ob er denselben auch nur erwerben will. Eine solche curatorische Verwaltung aber bestehen zu lassen, bis entweder der Abwesende zurückkehrt und seine Erklärung abgibt, oder bis er nach den Gesetzen als Verschollener zu betrachten ist, würde das dem Miterben, welcher in seinem Erbrechte durch einen Mitberechtigten beschränkt ist, gesetzlich zustehende Recht, von diesem eine Erklärung über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft zu verlangen, beeinträchtigen. Die gesetzliche Befugniß des Miterben, den Richter anzugehen, damit er eine Frist zur Erklärung über die Erbschaftsantretung unter dem Rechtsnachtheile des Verzichts auf die Erbschaft anberaume, eine Aufforderung, welcher der zur Erbschaft Berufene durch eine Erklärung über Annahme oder Ausschlagung, resp. durch Nachsuchen einer Deliberationsfrist zu entsprechen verpflichtet ist, findet aber so gut auf Anwesende, als auf solche, deren Aufenthaltsort unbekannt ist, Anwendung, und hieraus folgt von selbst, daß, wenn ein solcher Antrag von einem Miterben bei Gericht gestellt wird, und der Aufenthalt des ebenfalls zur Erbschaft Berufenen unbekannt ist, die Voraussetzung zur Erlassung einer öffentlichen Aufforderung des Abwesenden ebenso vorhanden ist, wie dieses hinsichtlich der Vorladung unbekannter oder abwesender Erben überhaupt der Fall ist. Wir haben hiernach die eventuelle Beschwerde für begründet erachtet und weisen Sie an, nach dem Antrag den Sekretär F. unter Mittheilung der Nachricht von der ihm angefallenen Erbschaft unter dem oben bemerkten gesetzlichen Rechtsnachtheil zur Erklärung

[3]) Auch die Rechtsübung des O.-A.-Ger. in Celle geht dahin, daß der Curator eines Verschollenen für diesen die Erbschaft nicht antreten könne. Seuffert's Archiv der Entscheid. Band 4, Nr. 31.

Digitized by Google

über Antretung oder Ausschlagung dieser Erbschaft öffentlich aufzufordern, und nach Ablauf der präfigirten Frist, je nach dem Ergebnisse dieser öffentlichen Ladung, auf Antrag der Betheiligten weiter zu verfügen, was Rechtens. Wir bemerken noch schließlich, daß, da nur der Fall einer einem heres extraneus zugefallenen Erbschaft vorgelegen, wir keine Veranlassung gehabt haben, uns darüber auszusprechen, welche Grundsätze zur Anwendung kommen, wenn einem suus heres ein Erbtheil anfällt.

Uebereinstimmend mit der durch diesen Rechtsfall wiederholt beurkundeten Praxis des Oberappellationsgerichts in Darmstadt die Rechtsübung der obersten Gerichtshöfe zweier Nachbarstaaten, des Herzogthums Nassau — Flach: Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Wiesbaden, Th. 1, S. 146 ꝛc., Th. 2, S. 123 ꝛc. — und des Kurfürstenthums Hessen — Pfeiffer: Praktische Erörterungen, Band 4, S. 464—466. Wagner: Grundzüge der Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens in Kurhessen. 3. Ausgabe. Cass. 1843. §. 911, S. 696—698. Noth und Meibom: Kurhessisches Privatrecht, Band 1, 1858, §. 161.

Auf derselben Seite das (vormalige) Oberappellationsgericht in Wolfenbüttel (Erk. v. J. 1838). Seuffert's Archiv, Band 9, Nr. 49, S. 63, und das Obertribunal in Berlin. Dasselbe Archiv, Band 3, Nr. 298, S. 327—329 [4]).

---

[4]) Ueber die französische Rechtsprechung in dem Fall, wenn einem Abwesenden eine Erbschaft eröffnet wird, Lassaulx: Journal für Gesetzkunde und Rechtsgelehrsamkeit. Erster Jahrg. erster Band, 1804, S. 237—239. Glaubrecht und Dernburg: Archiv für das Strafrecht ꝛc. im Großherz. Hessen, sowie für das Civilrecht in der Provinz Rheinhessen, Band 1, 1850, S. 258—260. Note. Heinrich: De hereditate legatove absenti delato. Giss. 1841, p. 26—29. Praxis schweizerischer Gerichte: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 5, 1856, Abtheil. 3, S. 7, 8. IV. Voraussetzung des Erbrechts Vermißter. Für einen Abwesenden verlangte

Digitized by Google

Vergl. noch Bluntschli: Deutsches Privatrecht. Band 1, 1853, S. 47. Gengler: Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Band 1, 1854, S. 78, 79. Walter: System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1855, S. 109, 110. Gerber: System des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. 1852, S. 550.

Partikularrecht: Falk: Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts, Band 4. Alt. 1840, S. 116, 117. Paulsen: Lehrbuch des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig und Holstein, wie auch des Herzogthums Lauenburg, 2. Aufl., 1842, §. 177. (Die Erbschaft wird unter vormundschaftliche Verwaltung genommen, bis der Abwesende sich (nach Erlassung von Edictalien) einfindet, oder gesetzlich für todt angesehen wird, wozu ein Alter von 70 Jahren und der Ablauf von 10 Jahren seit der letzten Nachricht von ihm erfordert wird.) Baumeister: Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg, Band 2, 1846, §. 95, S. 199. (Der Curator des Abwesenden ist nicht nur Verwalter seines zurückgelassenen Vermögens, sondern auch dazu berufen, für denselben Rechte zu erwerben, namentlich eine ihm zugefallene Erbschaft anzutreten.) v. Kamptz: Handbuch des Mecklenburgischen Civilrechts, 1824, §. 207. (Auch wenn einem Abwesenden, „es sei durch Erbfolgerecht, als in welchem Fall jede vortheilhafte Erbschaft für ipso jure von ihm angetreten geachtet werden soll, oder auf andere rechtliche Weise ein Vermögen angefallen ist," soll zu dessen Verwaltung ein Curator bestellt werden.) Archiv für die Praxis des Oldenburgischen Rechts, Band 2, 1845, S. 106—128. Runde: Erbschaftsanfall für Verschollene. (Verordnung v. J. 1844, der zu Folge der

---

dessen Vogt den Antheil an dem Intestatnachlasse des verstorbenen Oheims desselben. Er wurde aber abgewiesen. Das Obergericht, das Cantonsgericht in Schwyz, bestätigte im März 1856 diesen Spruch. Nur der Lebende erbe, daher der Vogt das Leben des Abwesenden beweisen müsse, da dieses in Abrede gestellt worden sei.

Digitized by Google

Curator die „für den Abwesenden oder Vermißten angefallenen Erbschaften und sonstigen Vortheile rechtsgültig annehmen" kann.) Goeßmann: Beiträge zur Erläuterung einzelner Materien aus dem Gebiete des im Kurhessischen Großherzogthum Fulda geltenden Privatrechts und Prozesses, in Vergleichung mit dem römischen gemeinen, deutschen und kurhessischen Recht ꝛc. ꝛc., Fulda, 1839. Die erste Darlegung handelt im dritten Abschnitt von der Regulirung der Erbschaften, welche Verschollenen vor erfolgter Todeserklärung blos angefallen sind, und von dem nach der Fuldaischen Verordnung v. J. 1775 einzuhaltenden Verfahren. Darüber: Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrg. 1840, S. 448—853.

Viele Schriften, welche das besondere Privat-Recht eines einzelnen deutschen Staats darstellen, schweigen, berühren nur den Fall, wenn der Abwesende Vermögen hinterlassen hat, z. B. Sachse: Handbuch des Großherzoglich Sächsischen Privatrechts (1824), Hesse: Handb. des Sachsen-Altenb. Privatrechts (1841), Günther v. Bamberg: Das Schwarzburg-Rudolstädtische Privatr. (1844), v. Hellbach: Handb. d. Schwarzburg-Sondershausischen Privatrechts (1820).

Digitized by Google

XIII.

Ueber Leichenbestattungskosten;

insbesondere:

Versuch einer haltbaren Construction des Begriffs: „Funeris sumtus," und einer Feststellung seines Umfanges, auf der Basis des heutigen Römischen Rechts.

Von

Herrn O. A. Walther,
Kreisgerichtsrath zu Sondershausen.

---

§. 1.

Veranlassung dieser Abhandlung. — Praktische Bedeutung der fraglichen Theile dieser Lehre. — Wissenschaftlicher Zustand derselben. — Zweck der Abhandlung.

Die nächste Veranlassung, die so eben gestellte, früherhin weit häufiger und umfänglicher als in der Neuzeit behandelte, aber noch immer nicht genügend gelöste, Aufgabe zum Gegenstande einer abermaligen wissenschaftlichen Forschung zu machen, gab mir folgender selbst erlebte Fall: es starb ein wohlhabender Vater abwesender, erwachsener Kinder auch mit Hinterlas-

Digitized by Google

sung einer nießbrauchsberechtigten, kinderlosen Wittwe zweiter Ehe. Sie besorgte das Begräbniß des defunctus und bestritt die Leichenbestattungskosten [1]) einstweilen aus eigenen Mitteln. Später, als sich die entfernt domicilirten Kinder zur Regulirung der Erbschaftsverhältnisse im Sterbehause einfanden, legte die Wittwe die specificirte Rechnung über den verlegten Beerdigungsaufwand vor und beantragte dessen Erstattung. Da jedoch in diese Rechnung auch viele, zum Theil ziemlich bedeutende, Ausgabeposten für Trauerkleider und sonstigen Trauerstaat, und zwar nicht blos für die Liquidantin, sondern auch für die Dienerschaft des Erblassers, und sogar für einige weibliche Anverwandte der Wittwe, eingestellt waren, welche sich theils in den letzten Lebenstagen theils nach dem Tode des defunctus, zur Unterstützung der hinterbliebenen Wittwe, eingefunden hatten; so wurden die Liquidaten bedenklich, verzögerten die Berücksichtigung der fraglichen Rechnung bis zu ihrer Abreise, bezahlten aber, als dieselbe herankam, unter der Entschuldigung, daß sie in Folge der vielen gehabten Auslagen mit hinreichenden Mitteln nicht mehr versehen seien, nur die, nach ihrer Ansicht unbestreitbaren Rechnungsansätze. Bald darauf entwickelten sie der Wittwe in einem, von einem Anwalte verfaßten Aufsatze, daß zur Berichtigung jener unbezahlt gebliebenen Posten keine rechtliche Verpflichtung vorliege, und sie dieselben n i c h t bezahlen würden. Die Wittwe antwortete in einer auf gleiche Weise entstandenen Gegenschrift. Und wenn dann endlich die Statt gehabte Differenz, ohne Beschreitung des förmlichen Rechtwegs in Güte auch

---

[1]) Ich wählte diese Benennung deshalb, weil ich die bisher üblichen Ausdrucksweisen: Leichen-, Begräbniß-, Beerdigungs-Kosten sprachlich nicht für ganz richtig halte. Auch im Römischen Rechte heißt es nie: cadaveris impensa, sepulturae impensa, sondern: quidquid in funus oder ad funus erogatur, s. erogatum est, quod impensum oder expensum est in funus, quod funeris causa consumptum est, funeris causa sumtus factus, funeris sumtus, funeris impensa.

Digitized by Google

noch beigelegt wurde, so ward sie doch die Veranlassung, den in dieser Familie früherhin obgewalteten Frieden auf geraume Zeit sehr unangenehm zu unterbrechen.

Da unaufhörlich Menschen unter gleichen und ähnlichen Verhältnissen sterben, beerbt und bestattet werden, die Leichenbestattungskosten aber bekanntlich gerade im Gebiete des Erbrechts, so wie im Concursprocesse, einer, später näher zu berührenden, gesetzlichen Bevorrechtung sehr exclusiver Natur sich zu erfreuen haben; so ergiebt sich schon hieraus die ungemein praktische Bedeutung des aufgegriffenen Gegenstandes, besonders scharf hervortretend in der unausgesetzten Möglichkeit der Vermögensbenachtheiligung aller derjenigen, „ad quos funus pertinet", d. h. derer, wider welche das „privilegium funerarium" gerichtet ist, so lange, als der Begriff der Leichenbestattungskosten nicht feststeht und die Grenzen seines Umfanges nicht gehörig gesichert sind. Dies zeigt sich ganz besonders da — und gilt wol noch von den meisten Orten — wo die Begräbnisse nach Vermögen und Stand der Verstorbenen in Folge erlassener Begräbnißordnungen noch nicht classificirt und also auch der diesfallsige Aufwand im Voraus noch nicht geregelt worden ist.

Einen ferneren Antrieb, diese Materie zu erörtern, erhielt ich aus ihrem wissenschaftlichen Zustande, indem ich mich bei tieferem Eindringen vollständig überzeugte, daß gerade in sehr wesentlichen Punkten noch immer große Meinungsverschiedenheiten herrschen, also die von Joh. Hieron. Hermann[1]) schon im Jahre 1731 erhobene Klage:

> „Was aber eigentlich zu den Leich-Unkosten gehört, und repetiret werden könne, darinnen sind die DD. nicht einig";

leider noch heute in vieler Beziehung gerechtfertigt ist. Hiernächst will es mir aber auch scheinen, als wenn die sämmtlichen

---

[1]) S. Hermann, kurze Einleit. in die Pandecten. Jena. Cröker. 1731. S. 139, Nr. 15.

Digitized by Google

Bearbeiter dieses Gebiets, ohne Ausnahme, bei der Darstellung dieser Lehre folgende zwei, ihr glückliches Gedeihen in gleich hohem Grade hindernde, Fehlgriffe sich zu Schulden gebracht hätten:

1) hat man die hier zu Grunde liegenden, hauptsächlich in den Pandecten und im Codex zerstreut vorkommenden, von der sonst so oft treffliche Gedanken sprühenden Glosse auffallend spärlich umflossenen, Quellenstellen nach meinem Dafürhalten noch niemals so concentrirt in den Brennpunkt der Reflexion gebracht, daß es möglich war, den dieselben durchdringenden, einheitlichen Geist in seiner Totalität nach Erforderniß aufzufassen; man hat vielmehr stets nur die vereinzelten Gesetzstellen als solche in das Auge gefaßt, die daran sich knüpfenden, vermeintlich guten Gedanken der Vorgänger beibehalten, die gemißbilligten zu widerlegen gesucht, und womöglich aus dem Schatze eigener Erfahrung und Production neue Beisteuern, freilich oft sehr unerquickliche, hinzugefügt. Daß aber bei einem solchen Verfahren von Auffindung des gerade in dieser Materie so nothwendigen, haltbaren Begriffs, und der festen Grenzen seines Umfanges keine Rede sein konnte, ist durch sich selbst ebenso klar, als daß auf diesem Wege das vorhandene Heer der Zweifel und Ungewißheiten vielmehr zunehmen mußte. Erst Dabelow hat in seiner im Jahre 1801 in zweiter Ausgabe erschienenen, ausführlichen Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger [3]) den gezeigten Mängeln durch Aufstellung eines entsprechenderen Begriffs und Feststellung seines Umfanges, aber gewiß nicht in einer glücklichen Weise, Abhilfe zu verschaffen gesucht. Sein erster, getreuer Nachahmer hierin war leider gerade Christian Friedr. v. Glück [4]). Spätere,

[3]) Vergl. S. 184—191, 596—597 dies. Werks.

4) Bei Erläuterung des Pandectentitels: „De religiosis et sumtibus funerum et ut funus ducere liceat“ im 11. Bde. seines Pandect.-Comment. Erlang. 1809. Vgl. besonders: den Text im §. 774 mit S. 188, 189, S. 596 und 597 der angeführt. Dabelow'schen Abhandlung.

Digitized by Google

die das Gleiche thaten, kann ich eher verschweigen. So war es in der That nicht möglich, daß die Lehre von den Leichenbestattungskosten, die sich der Hauptmasse nach als ein von Hand zu Hand gewachsenes, auf die Bezeichnung Wissenschaft eigentlich noch gar keinen begründeten Anspruch habendes Aggregat eines rein traditionellen Wissens charakterisirt, zu einer lebensvollen Entwickelung gedeihen konnte.

2) Der zweite, gleich schädliche Mißgriff muß darin erblickt werden, daß man bei Behandlung dieses Stoffes, fast allgemein und bis auf die neueste Zeit herab, die von beerdigungspflichtigen Hinterbliebenen Verstorbener unmittelbar und aus eigenem Vermögen bestrittenen Leichenbestattungskosten mit den in der Absicht auf Wiedererstattung ganz oder theilweise aus fremdem Vermögen unverpflichtet aufgewendeten identificirt hat.

Da dort zweifellos nach einer ganz anderen Richtschnur zu verfahren ist als hier, so ist es sofort augenfällig, daß aus dieser höchst ungerechtfertigten Vermengung beider Fälle ebenfalls kein Heil für diese Lehre erwachsen konnte. Wer seine Angehörigen, ohne dabei auf finanzielle Interessen dritter Personen Rücksicht nehmen zu müssen, blos aus genügend vorhandenen, eigenen Mitteln zur Erde bestatten läßt, wie z. B. der Vater sein Kind, das Kind seinen Vater, der Ehemann seine Frau, die kinderlose Wittwe ihren Ehemann, der letzte Sprosse eines Hauses seinen Verwandten u. s. w., der darf sich dabei natürlich jeden, das Gefühl für Anstand und Schicklichkeit nicht verletzenden, Aufwand ungescheut erlauben, der den dieserhalb bestehenden, gesetzlichen Bestimmungen (Begräbnißordnung) oder der erlangten, abweichenden Dispensation nicht entgegen ist; selbst dann, wenn dieser Aufwand die herrschende Sitte weit überholen sollte. Nur in diesem Sinne heißt es im Cod. L. III. T. 44. (De religiosis et sumtibus funerum) est. 7.

„Statuas sepulchro superimponere, vel monu-
„mento quod (a te) exstructum profiteris, ornamenta
„quae putas, superaddere non prohiberis: cum jure

„ suo eorum, quae minus prohibita sunt, unicuique
„ facultas libera non denegetur.“

Ganz anders verhält es sich dagegen da, wo der Leichenbestattungsaufwand, wenn auch nur theilweise, unter Berücksichtigung fremder Vermögensinteressen zu bewirken ist. Hier tauchen selbstverständlich Beschränkungen auf, von denen in jenem Falle keine Rede ist. Vorzugsweise in der hier fraglichen Beziehung bemerkt daher schon Jakob Friedr. Ludovici [5]):

„ ein Mann, welcher bei guten Mitteln ist, der kann
„ sein Begräbniß anordnen, so kostbahr, wie er will,
„ oder es können es auch dessen Erben thun: allein
„ wer in Schulden bis über die Ohren steckt, der hat
„ disfalls nicht freye Hände, weil durch ein kostbahres
„ Leich-Begängniß denen Gläubigern ein nicht geringes
„ abgehen würde.“

Sehr bezeichnend nannten deshalb die Römer die Leichenbestattungskosten der ersten Art: arbitrium, arbitria [6]), die der zweiten Gattung dagegen stets funeris sumtus, funeris impensa [7]).

Aus dem Bisherigen folgt also nunmehr von selbst, daß der Begriff der Leichenbestattungskosten und sein Umfang im ersten Falle ein ganz anderer sein muß als im zweiten Falle, und daß die nach Verschmelzung dieser beiden Fälle von der Doctrin aufgestellten Begriffe mit ihren daraus gezogenen Folgerungen mehr oder weniger unzutreffend sein müssen.

Beide soeben gerügte Fehler will ich in diesem Aufsatze, worin von den Leichenbestattungskosten nicht in ihrer kaum gedachten Qualität als arbitrium, sondern als funeris impensa gehandelt wird — da nur die Leichenbestattungskosten in diesem Sinne im gerichtlichen Leben eine wirkliche Bedeutung haben — nach Kräften wieder gut zu machen und nament-

[5]) In seiner Einleit. zum Concursproceß. Halle 1718. Cap. X. §. XII.
[6]) Cicero post red. in Sen. 7, in Pison. 9, pro domo 37.
[7]) Cf. Dig. XI. 7. t. t.

Digitized by Google

lich die Aufstellung eines durchweg haltbaren Begriffs und die strengste Fixirung seiner Grenzen zu bewirken suchen. Da ich die feste Ueberzeugung in mir trage, daß die unterliegenden Quellenstellen, bei richtiger Benutzung derselben, die ausläng-lichen Mittel dazu darbieten, so will ich ferner, in Anerkennung des Satzes: daß derjenige, der mit einer einmal gewonnenen, besseren Ueberzeugung nützen kann, sie stets auch aussprechen soll, die gestellte Aufgabe trotz Schweppe's [8]) verzweifelnder Behauptung: daß eine genaue Grenze für den Belauf der funeris impensa um so weniger angegeben werden könne, als sie sich jedesmal nach dem Stande und Vermögen des Ver-storbenen (?) richteten, und trotz Samhaber's [9]) muthloser Frage: wo hier die Grenze zwischen Nothwendigem und Ueber-flüssigem sei? selbst auf die Gefahr hin zu lösen suchen, daß man es von einem praktischen Juristen, wie ich es bin, gewagt fände, gegen altersgraue Theorien in die Schranken zu treten; denn ich halte es für eine heilige Pflicht, vorhandene, wenn auch nur die Vermögensinteressen der Staatsbürger nachtheilig beeinflussende, Unsicherheiten des materiellen Rechts nach Mög-lichkeit beseitigen zu helfen, wann und wo es immer geschehen kann. Und verfalle in diesem Bestreben dann auch ich dem schwer vermeidlichen menschlichen Irrthume, so steht mir wenig-stens zur Seite, das Letztere aufrichtig gewollt zu haben.

§. 2.

Nothwendiger Rückblick auf das Römische Leichen-bestattungswesen; insbesondere auf gewisse, dieses Gebiet beherrschende, religiöse Ansichten als Quelle verschiedener, hier wichtiger, privatrechtlicher Bestimmungen.

Auch im Römischen Leben war bekanntlich der Glaube heimisch,

[8]) Vergl. Schweppe, das Röm. Privatrecht. Fortf. v. Mejer 5. Bd. 1833. S. 5.

[9]) S. dessen Aufsatz: „Ueber die Priorität der Leichenkosten des Gemein-schuldners im Concurse" in der Zeitschr. für Civilrecht u. Prozeß. Bd. 13. 1839. Nr. XVI. S. 425.

Digitized by Google

daß den Seelen der unbestattet gebliebenen Leichname die Aufnahme in die seeligen Wohnungen der Abgeschiedenen gar nicht, oder doch erst nach wenigstens hundertjährigem Umherirren an den unheimlichen Ufern des Styx gestattet sei [10]). Daher die, besonders zur Zeit des, dem Römischen Staate so gefährlichen, Marsischen Kriegs häufig geübte, aber nach Appian nachmals aus politischen Gründen durch Senatsbeschluß ausdrücklich verbotene, Gewohnheit, die Leichname der im Kampfe gebliebenen Krieger, oder wenigstens einen Theil derselben, zur Abhaltung des schuldigen Leichenbegängnisses nach der Heimath zu bringen; im äußersten Falle die Errichtung eines tumulus inanis — Cenotaphium — von dem auch noch in Justinian's Rechtssammlung die Rede ist [11]), die symbolische Bedeckung unbestatteter Leichen mit etwas Erde oder Steinen [12]), und endlich die ganz besondere Furcht der Römer vor dem Tode zur See [13]), wodurch der Leichnam voraussichtlich dem steten, traurigen Spiele der Stürme und Wogen preisgegeben wird.

Der unerschütterliche Glaube der Römer an die Wahrheit jener religiösen Idee wirkte so gewaltig, daß sie schon sehr früh das gesammte Bestattungswesen mit einer, fast an Aengstlichkeit streifenden, Sorgfalt handhabten, und die Menge der feierlichen Gebräuche, welche beim Hinscheiden eines Angehörigen und bis zu seiner Beisetzung zu beobachten waren, gewissermaßen als eine heilige Pflicht der Anverwandten zu betrachten pflegten. Den Cyclus dieser Pflichten nannten die Griechen τὰ δίκαια, νόμιμα, νομιζόμενα, die Römer justa, justa facere [14]).

---

10) Cf. J. Jac. Gutherius, de jure Manium. Paris. 1615. rec. Lips. 1671. 8. L. I. Cap. XI. Adam, Handb. der Röm. Alterthümer. Ausg. v. Meyer. Bd. 2. 1832. S. 223.

11) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 6. §. 1. fr. 42.

12) Horat. Od. I. 28. 23 u. 36. Petron. Arbiter. Satiric. 114.

13) Ovid. Trist. I. 2. 51. cf. auch D. XXVIII. 7. (De cond. inst.) fr. 27. pr.

14) D. II 4. (De in jus vocando) fr. 2. i. f. D. XXIX.2. (De adquir.

Digitized by Google

Es bildete sich der Grundsatz: „Pius esse praesumitur, qui cadaver funerat“ [15]), und das äußerste Ziel alles, auf diesen Gegenstand gerichteten, Strebens begegnete sich in dem Knotenpunkte: „ne insepulta cadavera jacerent“ [16]). Aus derselben Quelle erklärt sich auch der reiche Fluß der Römischen Gesetzgebung, wo vom Frieden der Gräber und ihrer Todten die Rede ist [17]), so wie denn wol ebenfalls nur auf diesem Wege jene äußerst zarte, unserer oft überschwenglich frommen Gegenwart gleichwol nicht immer so recht geläufige, Berücksichtigung entsprungen sein dürfte, welche darin bestand, daß man den Frieden der Todten sogar auf die noch im Sterben Begriffenen [18]), auf der Verstorbenen Erben, Bürgen und Anverwandte im weitesten Sinne während der nächsten neun Tage vom Todestage ab — „in quibus videntur lugere“ [19]) —

---

vel omitt. hered.) fr. 20. §. 1. und Creuzer Abriß der Röm. Antiquität. Leipz. u. Darmst. 1824. §. 289. 290.

15) Cf. D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 7. 8.

16) fr. 12. §. 3. fr. 14. §. 7. fr. 28. fr. 43. i. f. D. eod. Dies bezog sich sogar (unter bisweiliger Ausnahme bei wegen Majestätsverbrechen Verurtheilten) auf die Leichname Hingerichteter: D. XLVIII. 24. (De cadaver. punitor.) fr. 1. fr. 3. Cod. III. 44. (De religios. etc.) cst. 11. S. auch Ulr. Tengler, Layenspiegel. Straßb. 1533. Th. III. fol. 144. „Von der abgetödten übelthäter Cörper.“

17) Cf. hierüber: D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 2. pr. (Vom Cenotaphium galt dies nicht fr. 6. §. 1.) fr. 2. §. 5. fr. 36. 40. 44. pr. und dazu Cod. h. t. cst. 9. in Verbind. mit fr. 8. pr. fr. 12. §. 1. fr. 38. 39. 44. §. 1. D. eod., ferner D. XI. 8. (De mortuo infer.) fr. 5. §. 1. D. XLII. 12. (De sepulcr. violat.) t. t. Cod. III. 44. (De religios. etc.) cst. 1. (vergl. mit Paul. Rec. S. L. I. T. 21. §. 1.) cst. 10. 14. Cod. IX. 19. (De sepulcr. viol.) t. t. und Creuzer, a. a. O., §. 314. Schon das Zwölftafelgesetz bringt diesen, das Römische Bestattungswesen nach allen Richtungen hin durchwehenden Geist des Friedens in dem Satze: „Deorum manium jura sancta sunto“ zur Geltung.

18) Nov. LX. Cap. 1. u. Cod. IX. 19. (De sepulcr. viol.) cst. 6. Auth. Item.

19) Nov. CXV. Cap. 5. §. 1 u. Cod. cst. 6. eod. Auth. Sed neque.

Digitized by Google

ferner auf die, welche einem Todten die letzten theueren Pflichten erwiesen — „justave mortuo facientem“ — und endlich auch auf diejenigen erstreckte, welche seine Leiche zu Grabe geleiteten [20]).

Der eben erwähnten Denkungsart der Römer scheint sich sehr frühzeitig die, auch geraume Zeit hindurch festgehaltene Ansicht beigesellt zu haben:

> in je größerem Maßstabe die Erfüllung der, von dem Ausdrucke justa facere umfaßten Pflichten erfolge, desto gewisser und ungestörter sei die Seelenruh der Abgeschiedenen;

denn es wäre sonst nicht gut erklärlich, wie bereits in einer Zeit, wo von Luxus und üppiger Lebensweise fast noch keine Rede war, der Aufwand, gerade bei Leichenbegängnissen, zu einem solchen Uebermaße sich hätte ausprägen können, daß man sogar Gesetze dagegen zu erlassen gezwungen war. So berichtet Plinius [21]), daß schon Numa Pompilius ein solches Luxusgesetz sanctionirt habe [22]). Ganz besonders sind aber hierher zu zählen: die bekannten, wenn auch nur Einzelnes aufgreifenden, doch aber die Größe des damaligen Aufwandes ziemlich genau charakterisirenden Bestimmungen in der X. Tafel (De jure sacro) des Zwölftafelgesetzes [23]). Wie wenig jedoch solche Beschrän-

---

[20]) D. II. 4. (De in jus vocando) fr. 2. 3.

[21]) Hist. natur. XIV. 12.

[22]) „Numae regis Posthumia lex est: vino rogum ne respergito; quod sanxisse illum — fügt Plinius im Geiste seiner Zeit hinzu — propter inopiam rei nemo dubitat. Cf. auch: Bachii histor. jurispr. rom. Ed. 6. (Stockmann) Lips. 1807. L. I. Cap. I. Sect. II. §. III.

[23]) Vergl. hierzu: die Paraphrasis bei Bach l. c. S. 67 u. 69 und Dirksen's rühmlich bekannte Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente. Leipzig. Hinrichs. 1824. besond. S. 641 ff. und 659 ff. — Ueber spätere derartige sumptuariae leges und bezüglich Spuren derselben vergl. man: Cicero ad Attic. L. XII. Cp. 33. Plutarch in vita L. Corn. Sullae. Cp. 35. Theod. Cod. IX. 17. (De sepulcr. viol.) cst. 5. D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 5 u. 6.

Digitized by Google

kungen Römischem Gefühle und Römischer Sitte entsprechend waren, geht wohl am Besten daraus hervor, daß sie, wie sich historisch nachweisen läßt, mit wenigen Ausnahmen allmälig wieder außer Gebrauch kamen, dagegen aber der Luxus und das Gepränge bei Leichenbegängnissen besonders reicher und vornehmer Römer (funus indictivum — censorium) zu einer so ungeheuer maßlosen Höhe sich empor schwang, daß wir heutzutage kaum im Stande sind, uns eine richtige Vorstellung davon zu machen [24]).

Die vorhandene außerordentliche Sorge für die Seelenruhe der Abgeschiedenen scheint indessen nicht der einzige Grund gewesen zu sein, welcher den, im Leben der Römer in so auffallender Stärke sich kundgebenden Drang hervorrief, die Verstorbenen unter allen Umständen gebührend zu bestatten; ich glaube vielmehr, daß auch noch ein zweiter, religiöser Gesichtspunkt sehr wesentlich dazu beitrug, nämlich:

> der, übrigens nicht bloß den Römern eigene [25]), Glaube an eine Verunreinigung durch irgend eine, auch noch so mittelbare, Berührung mit einem Todten;

D. De leg. I. fr. 113. §. 5. D. XXXIV. 2. (De auro, arg. etc. legatis) fr. 40. §. 2. in Verbind. mit D. XLVIII. 13. (Ad leg. Jul. peculat. etc.) fr. 4. §. 6. und die nicht glossirten Novell. Justinian. XLIII. LIX. und Leon. XII.

24) Wer sich über diesen, bisweilen sogar bis an das Unsinnige streifenden Luxus der Römer genauer unterrichten will, der vergl. Jo. Rosini (Rossfeld) Antiquit. Rom. Corpus absolut. cum not. Thom. Dempsteri. Traj. ad Rhen. Ap. Guil. van de Water. 1701. 4. L. V. Cp. 39. (De funerib. et sepulcr.), Matern. v. Cilano, Ausführl. Abhandl. der röm. Alterth. Ausg. v. Adler. 4. Th. Hamburg. Bohn. 1776. S. 1322—1373. Nitsch, Beschreib. des häusl. ꝛc. Zustandes der Römer. Th. 1. Erfurt. Kayser. 1794. S. 289—300. Creuzer, Abriß der röm. Antiquit. §. 288—316 und Adam Handb. der Röm. Alterth. Ausg. v. Meyer. Bd. 2. S. 223—255.

25) Cf. Leviticus Cap. XXI. v. 1 u. 11.

Digitized by Google

d. h. wohl eigentlich nichts Anderes, als: Die Sorge für das Wohl der Lebenden. In dieser Beziehung erinnere ich kurz an die bekannte, aber wohl nicht allgemeine, Römische Sitte: warnende Cypressenzweige vor den Hausthüren der noch nicht bestatteten Verstorbenen anzubringen [26]), ferner an die bei und bezüglich nach Römischen Leichenbegängnissen vorkommenden, feierlichen Gebräuche der lustratio, suffitio, exverrae vel everrae, feriae denicales [27]), und verweise endlich auch noch auf den unverkennbaren Ausdruck dieses Glaubens selbst in der Justinian'schen Gesetzsammlung [28]).

Aus dem kräftigen Zusammenwirken der entwickelten, religiösen Auffassung der Dinge, vielleicht auch noch unter Hinzutritt einiger nahe liegenden Gründe rein polizeilicher Natur, erwuchs auf dem Gebiete des Privatrechts — wenigstens nach meiner festen Ueberzeugung — jene Reihe belangreicher, gesetzlicher Bestimmungen, theils einfache Rechtsgrundsätze, theils privilegienartige Vorrechte, welche offenbar den doppelten Zweck hatten: auf der einen Seite zur Bestreitung des funeris sumtus ungusgesetzt zu ermuthigen, auf der anderen Seite aber die Wiedererlangung dieses Aufwandes im Voraus und für alle möglichen Eventualitäten zu garantiren: „Sic enim fieri — sagt Ulpian im fr. 12, §. 3, D. (De religios. etc.) XI. 7. — ne insepulta corpora jacerent: neve quis de alieno funeretur." Und im Zusammenhange hiermit äußert Papinian im fr. 43, eod. „nam propter publicam „utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem „insuper habemus (negligimus): quae nonnunquam in ambi-

---

[26]) Matern. v. Cilano, a. a. O., S. 1332. Adam, a. a. O., S. 227.

[27]) Joh. Rosini l. c. Pag. 442. i. f. 444. Nitsch, a. a. O., S. 297, 288 und Adam, a. a. O., S. 231, 237, 238, 245 u. 246.

[28]) Paul. Rec. S. I. 21. (De sepulchr. et lugend.) §. 2. Theod. Cod. IX. 17. (De sepulcr. viol.) cst. 6. Justin. Cod. III. 44. (De religios. etc.) cst. 12.

Digitized by Google

„guis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam „esse rationem, quae pro religione facit.“

Ziehen wir zunächst in den Kreis einer kurzen Betrachtung jene von uns als belangreich bezeichneten

A. Rechtsgrundsätze:

1) Nach Römischrechtlicher Anschauung ist die Summe des zur Bestattung eines Verstorbenen erforderlichen Aufwandes so sehr als eine auf dem Vermögen des defunctus haftende Schuld zu betrachten, daß man sich ihren Betrag gewissermaßen schon da, wo sie noch gar nicht gewirkt worden war, unter dem reinen Vermögensbestande nicht mehr begriffen dachte [29]). Daraus ergiebt sich der, aus fr. 45. D. eod. „Impensa funeris semper ex hereditate deducitur“ — in Verbindung mit D. L. 16. (De V. S.) fr. 39. §. 1: „Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt.“ abzuleitende, erste Rechtsgrundsatz:

> In hereditate defuncti nihil esse dicitur, nisi deducto aere alieno et funeris impensa.

2) Namentlich bei vorhandenem eigenen Vermögen aus fremden Mitteln zur Erde bestattet zu werden, stand mit dem Römischen Schicklichkeitsgefühle durchaus nicht im Einklang; dies sehen wir z. B. aus der vorhin angeführten Stelle: „neve quis de alieno funeretur“ in D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 12. §. 3, und können es ferner auch aus D. fr. 14. §. 1. eod.: „Satius est enim, de suo testatorem „funerari, quam aliquos legata consequi“ mit Gewißheit entnehmen.

3) Ebendeshalb hielt man streng an dem ferneren Grundsatze fest: daß Jedermann aus seinem eigenen Vermögen bestattet werden müsse, wie dies namentlich aus

[29]) Vergl. Heimbach's Aufsatz: „Begräbnißkosten“ in Weiske's Rechtslexicon Bd. 1. 1839, S. 824 und 825 oben.

Digitized by Google

fr. 14. §. 13. eod.: „de suo enim expedit mortuos funerari“ und noch aus mehreren anderen Pandectenſtellen [30]) ſehr überzeugend hervorgeht.

4) Dabei wurde ferner aber auch nicht verkannt, wie ſehr es mindeſtens ein Gegenſtand höchſter Billigkeit ſei, daß derjenige Koſtenbetrag, welchen Jemand aus freiem Antriebe und ohne geſetzliche Verpflichtung auf die Beſorgung eines, ihn eigentlich gar nicht tangirenden, Leichenbegängniſſes vorſchußweiſe aufgewendet habe, unter allen Umſtänden wieder erſtattet werden müſſe; ein Grundſatz, dem das Römiſche Recht [31]) in den Worten:

„Qui alienum mortuum sepelierit, si in funus alicujus aliquid impenderit, recipere id ab herede, vel a patre, vel a domino potest“; Oder:

— „ut qui funeravit, persequatur id quod impendit,“

Ausdruck verleiht.

5) In weiterer Verfolgung dieſes ebenerwähnten Grundſatzes erklärte der Prätor in ſeinem Edicte:

„Quod funeris causa sumptus factus erit, „ejus recuperandi nomine, in eum, ad „quem ea res pertinet, judicium dabo“ [32]).

d. h. er ſchuf die funeraria actio, als das zur Realiſirung jenes Grundſatzes geeignete, geſetzliche Mittel. Für unſere Zwecke iſt es durchaus nöthig, über dieſe Klage folgende, wenige, aphoriſtiſche Bemerkungen fallen zu laſſen:

Die funeraria actio, eine Nachbildung der actio negotior. gestor. [33]), und wie dieſe in das Gebiet der obligationes quasi

[30]) Cf. fr. 12. §. 6. und fr. 13. fr. 14. §. 1. eod.

[31]) J. Pauli Rec. Sent. I. 21. (De sepulchr. et lugend.) §. 5 und D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 12. §. 3.

[32]) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 12. §. 2.

[33]) Daher heißt es in den Quellen von dem, welchem die Rolle des Klä-

Digitized by Google

lex contractu gehörend, wurzelt durch und durch in der natürlichen Billigkeit — „ex bono et aequo oritur“ [31]). Diesen Gesichtspunkt hält das Römische Recht so fest, daß es dem Richter zum Ueberfluß sogar noch ausdrücklich zur Pflicht macht, der Billigkeit, wann und so oft es sich um diese Klage handele, freieren Spielraum zu gewähren — „solutius aequitatem sequi“ [35]). — Die Natur der funeraria actio ist fast allgemein [36]) eine subsidiarische [37]), daher ihr Eintritt erst dann erfolgt, wenn keine andere, zu Erreichung desselben Zwecks gesetzlich verstattete Klage zu Gebote steht, als: die actio familiae erciscundae [38]), die actio mandati contraria [39]), die actio de dote [40]), die actio negotior. gestor. contraria [41]). Ferner ist als ein sehr wesentliches Erforderniß der funeraria actio zu erwähnen, daß der Kläger wirklich auch derjenige ist, der die Leichenbestattung besorgt und den dazu erforderlichen Aufwand aus eigenen Mitteln bestritten hat [42]). Dieß muß aber auch

---

gers zufällt, immer: quasi alienum oder quasi negotium gerens; cf. fr. 14. §. 11. junct. §. 9 und §. 16, außerdem aber ganz besonders auch §. 13. i. f. eod. S. auch Jac. Cujacii Opp. Francof. Apud. Andr. Wecheli heredes et Joan. Gymnicum. 1595. T. III, fol. 55. Paratitl. in L. III. Cod. Tit. 44. Von der actio negot. gest. unterscheidet sich die funer. actio nur durch eine noch ausgedehntere Macht des Juder. Vergl. v. Savigny, System des heut. Röm. Rechts. Bd. 5, 1841, S. 484, Note d.

34) fr. 14. §. 6. §. 10. eod. und hierzu v. Savigny a. a. O., Bd. 2, 1840, S. 92, 95, Note i und S. 119, Note gg.

35) fr. 14. §. 13. i. f. eod.

36) Die Ausnahmen hiervon s. bei Schneider, die allgem. subsidiär. Klagen des Röm. Rechts. Rostock. 1834. S. 510.

37) fr. 14. §. 12. §. 15. eod.

38) D. X. 2. (Fam. ercisc.) fr. 49. i. f. D. XI. 7. (D. religios. etc.) fr. 14. §. 12. D. XLII. 5. (De reb. auct. jud. possid. etc.) ff. 17. pr.

39) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 15.

40) fr. 30. pr. eod.

41) fr. 14. §. 7. eod.

42) fr. 12. §. 3. fr. 14. §. 7. eod. Cod. III. 31. (De petit. hered.) est. 4. Daher steht die funer. actio dem nicht zu, der dem eigentlichen Be-

Digitized by Google

animo recipiendi [43]), und nicht in der Absicht unentgeltlich zu dienen, die jedoch auch hier nicht vermuthet wird [44]), geschehen sein; denn insoweit man sich aus liberaler Absicht, oder aus bloßen Pietätsrücksichten — „pietatis gratia“ — einer Leichenbestattung unterzog, ist von einer Zurückforderung der funeris sumtus keine Rede [45]). Um hierüber immer im Klaren zu sein, legt das Römische Recht an's Herz, stets vor Zeugen zu erklären: in welcher Absicht man im gegebenen Falle die Leiche eigentlich bestatten wolle [46]). Hiernächst erübrigt noch zu bemerken, daß die funeraria actio nur gegen denjenigen zu richten ist, welcher nach Vorschrift der Gesetze das Bestattungsgeschäft hätte besorgen müssen — „adversus eos, ad quos funus pertinet“ [47]), ferner, daß der Zweck dieser Klage auf Ersatz der

---

sorger des funus Geld oder andere Dinge (cf. z. B. D. XV. 3. (De in rem verso) fr. 7. §. 3.) zu diesem Zwecke geliefert, oder dazu erforderliche Dienste geleistet hat; denn hier sind die aus dieser Darleihung oder Dienstleistung entspringenden, besonderen Klagen begründet. Anderer Meinung v. Glück, Pand.-Comment. Bd. 11. S. 440. S. aber auch: Valett, Pandektenr. Bd. 3. 1829. §. 828 und Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 5. 1833. S. 8. Wohl aber steht sie dem zu, der sich irrthümlich zur Bestattung verpflichtet erachtete, und sie in diesem Glauben besorgte: D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 11.

43) fr. 14. §. 7. eod. „animo, quasi recepturus sumptum quem fecit.“

44) Arg. aus fr. 14. §. 7. eod. Gmelin, die Ordnung der Gläubiger. Ulm. 1793. S. 81. Dabelow, Concurs S. 188. Note V. v. Glück, a. a. O., S. 436. Schweppe, a. a. O., S. 7.

45) fr. 14. §. 7. §. 9. eod. An ein die Bestattung hemmendes Verbot des Geschäftsherrn braucht sich der Gerent in der Regel nicht zu kehren. fr. 14. §. 13. eod.

46) fr. 14. §. 7. i. f. eod. Carpzov, def. forens. P. I. Cst. XXVIII. def. XL. §. 3, hält in solchen Fällen Protestation für das Sicherste. S. auch Schweppe, a. a. O., S. 7, Note 5.

47) fr. 14. §. 17. eod. Bucher, Recht der Forderungen. Leipzig. 1830. S. 486.

Digitized by Google

auf die Bestattung, aber auch nur hierauf, verwendeten Kosten gerichtet ist — „continet autem *funeris causa tantum* impensam, non etiam caeterorum sumptuum“ [48]), und daß der Richter die Klage ganz zu verwerfen hat, sobald feststeht, daß die Leiche einer mit Reichthum gesegnet gewesenen Person unter Bethätigung einer, diesem Verhältnisse nicht entsprechenden Sparsamkeit bestattet worden ist, besonders wenn sich dabei noch ergeben sollte, daß der Verstorbene durch eine solche Bestattungsweise hat beschimpft werden sollen [49]) wogegen anderer Seits aber auch jeder übertriebener, derartige Aufwand in die gebührenden Schranken zurückgewiesen werden soll [50]).

In gewissen, gesetzlich besonders bestimmten, analogen Fällen, half der Prätor bekanntlich auch noch mit einer funeraria actio utilis [51]).

6) Endlich darf hier der ganz besonders wichtige Umstand nicht übersehen werden, daß man in dem vorhin unter Nr. 4, zur Sprache gebrachten und unter Nr. 5 weiter ausgeführten Falle einen Contractsabschluß (nicht mit dem Erben sondern) mit dem defunctus selbst fingirte. Dies beweisen die Worte:

„Qui propter funus aliquid impendit,

---

48) fr. 14. §. 6. eod. D. XLII. 5. (De reb. auct. jud. poss. etc.) fr. 17. pr. „dummodo sumptus funeris causa factus sit.“

49) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 10.

50) fr. 14. §. 6. eod. v. Glück, a. a. O. S. 440. schlägt ganz allgemein vor: sich von der Obrigkeit, um hier weder in excessu noch in defectu zu fehlen, einen Verhaltungsbefehl zu erbitten. Aber von welcher? Die eventuell competente Justizbehörde, auf die doch hier Alles ankäme, dürfte sich wohl hüten, einen solchen im Voraus zu ertheilen. Brunnemann, de processu concurs. cred. Hal. 1738. Cp. V. §. XIV. Note i. beschränkte diesen Rath richtiger auf den Fall: „si quis curam funeris obaerati suscipere velit.“

51) fr. 14. §. 11. 13. 15. fr. 32. fr. 46. §. 2. eod.

Digitized by Google

„cum defuncto contrahere creditur, non cum herede“ [52]).

Man nahm demgemäß an, daß der Verſtorbene, der ja übrigens auch „de suo“ zur Erde beſtattet wurde, gewiſſermaßen Eigenthümer der ihm bereiteten Grabſtätte werde: „naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur“ [53]), nannte die sepulcra, vielleicht auch im Hinblick auf den Glauben, daß die Seelen der Abgeſchiedenen ſich dabei aufhielten [54]) „domos defunctorum“, betrachtete ihre Verletzung zugleich als einen Eingriff in die Eigenthumsrechte der Todten:

„Qui sepulcra violant, domos (ut ita dixerim) de-
„functorum: geminum videntur facinus perpetrare:
„nam et sepultos spoliant destruendo, et vivos pol-
„luunt fabricando“ [55]),

und ging in der heiligen Scheu, die man in dieſer Beziehung hegte („Tanta religio est sepulcrorum“ Cic. de leg. II. 22.) ſoweit, daß man, wie bekannt, die Grabſtätten zu den geheiligten Gegenſtänden (res religiosae) zählte und ſie dem menſchlichen Verkehre und damit auch der Verjährung entzog. [56]) Aus den ſoeben gemachten Bemerkungen ergiebt ſich aber der auf den Umfang des funeris sumptus äußerſt einflußreiche, fernere Satz:

daß überall da, wo der Fall der Beſtattung de suo vorliegt, die Leichenbeſtattung unter

---

[52]) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 1.

[53]) fr. 4. i. f. eod.

[54]) Cf. Christ. Gotth. Hübner, Historiae legum Romanar. ad sepulturas pertinentium, adjuncta earum comparatione cum patriis institutis. II. Spec. Lips. 1794—1795. 4. Spec. I. Pag. 6 sqq. Daher auch die von Plinius (Hist. nat. XVIII. 12. 5 30.) bezeugte Sitte, Eßwaaren, gewöhnlich Bohnen, auf das Grab zu legen.

[55]) Cod. IX. 19. (De sepulcr. viol.) cst. 4.

[56]) D. XI. 8. (De mortuo infer.) fr. 4. und Unterholzner, ausführliche Entwickelung der geſammt. Verjährungslehre. Bd. 1. 1828. §. 51.

Digitized by Google

vorzugsweiser Rücksichtnahme auf die Verhältnisse des **Verstorbenen** zu veranstalten ist.

Das Weitere hierüber im §. 3.

B. Privilegienartige Vorrechte.

Diese Vorrechte des funeris sumptus äußern sich nach dem Justinian'schen Rechte in einer zweifachen Richtung:

1) im Gebiete des Erbrechts und
2) im Concursprocesse.

Ad 1. Im Gebiete des Erbrechts nämlich:

a) bei der Berechnung einer Erbschaft zum Zwecke der Errichtung eines Inventariums:

„In computatione autem patrimonii damus ei (heredi „licentiam) excipere et retinere quicquid in fu„nus expendit“ [57]), —

b) bei Berechnung einer Erbschaft behufs des Abzugs der Falcidia:

„Cum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante de„ducitur aes alienum, item funeris impensa“ [58]), —

c) bei der Berechnung eines Pflichttheils:

„Quarta autem accipietur, scil. deducto aere alieno „et funeris impensa“ [59]), und

---

[57]) Cod. VI. 30. (De jure deliber. etc.) cst. 22. §. 9. Auch ist es gesetzlich zulässig, bei in Folge erhobener hereditat. petitio nothwendig gewordener Ausantwortung einer Erbschaft, die in gutem Glauben und aus eigenen Mitteln erweislich aufgewandten Leichenbestattungskosten in Aufrechnung zu bringen. Cod. III. 31. (De petit. hered.) cst. 4.

[58]) Inst. II. 22. (De lege Falcid.) §. 3. cf. auch D. XXXV. 2. (Ad leg. Falcid.) fr. 1. §. 19.

[59]) D. V. 2. (De inoffic. testam.) fr. 8. §. 9. Es ist zwar hier noch vom sogen. alten Pflichttheile die Rede, aber bekanntlich hat Justinian in der hier fraglichen Beziehung nichts geändert.

Digitized by Google

d) bei der Berechnung einer Erbschaft behufs der Abentrichtung von Legaten:

„Julianus scribit non deductis legatis“ [60]).

Ad 2. Bei über das Vermögen eines defunctus ausgebrochenem Concurse genießt die funeris impensa, d. h. diejenige, welche wirklich darunter gehört, ein so unbeschränktes (absolutes) Vorzugsrecht, daß dieselbe vor allen übrigen Forderungen, sie mögen heißen wie sie wollen, erstattet werden muß. Dieß bezeugt schon Paulus in seinen sententiae receptae [61]), indem er sagt: „Quicquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur.“ Noch zweifelloser ergiebt sich aber die Richtigkeit dieser Behauptung aus D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 45:

„Impensa funeris semper ex hereditate deducitur,
„quae etiam omne creditum *solet* [62]) praecedere,
„cum bona solvendo non sint.“

in Verbindung mit fr. 14. §. 1 und fr. 26. eod.

Zwar hat man hiergegen namentlich geltend gemacht, daß das fragliche Vorrecht der funeris impensa, dem eben gedachten Ausdrucke „creditum“ gegenüber, welcher nach D. L. 16. (De V. S.) fr. 10. 11. und 12. nichts Anderes als rein persönliche Schulden bezeichne, und bei der bekannten Ausscheidung der Pfandgläubiger aus dem Römischen Concurse nach Cod. VII. 72. (De reb. auct. jud. poss. etc.) cst. 10. und C. VIII. 18. (Qui potiores in pign. hab.) cst. 9. nur als gewöhnliches privilegium exigendi aufgefaßt werden könne; allein die Unhaltbarkeit dieser, sicherlich auch dem (oben §. 2. vor A.) angegebenen Zwecke dieses Privilegiums, sowie überhaupt dem

---

60) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 22. 23. 24. und 26.

61) L. I. Tit. 21. §. 4.

62) Das Wort „solet“ ist hier sehr bedeutungsvoll; denn es geht offenbar daraus hervor, daß dieser Grundsatz schon vor seiner gesetzlichen Sanctionirung in das Rechtsbewußtsein der Römer „religionis favore“ übergegangen und gewohnheitsrechtlich gehandhabt worden war.

Digitized by Google

dieses Rechtsgebiet durchwehenden Geiste widerstrebenden Ansicht, welcher mit so subtiler juristischer Distinction nichts gemein hat, ist schon von anderer Seite [63]) so überzeugend dargethan worden, daß wir nicht nöthig haben, auf diese und andere Details des in Rede stehenden Vorrechts weiter einzugehen. Wir bemerken deshalb hier nur noch kürzlich, daß dasselbe — ein privilegium causae [64]) — nicht bloß mit der funeraria actio, sondern überhaupt mit jeder, zur Wiedererlangung des funeris sumtus gesetzlich zu Gebote stehenden Klage (A. Nr. 5) verbunden ist [65]), daß das Vorzugsrecht der funeris sumptus im Concurse in den Quellen vorzugsweise privilegium funerarium genannt wird [66]), und daß nach der Natur der Privilegien alle vorhin aufgeführten Vorzugsrechte einer stricten Auslegung zu unterwerfen sind [67]).

---

63) Jo. Voet, Commentar. ad Pandect. T. II. Halae. Sumt. Jo. Jac. Curtii. 1778. Ad. D. XI. 7. (De religios. etc.) §. 9. Dabelow Concurs S. 184, v. Glück, Commentar. Bd. 11. S. 429—432. Vergl. aber auch noch: Carpzov def. for. P. I. Cst. XXVIII. def. 39. Brunnemann de process. concurs. cred. Cp. v. §. XIV. Joach. Chemnitii Diss. inaug. de jure praelat. creditor. Francof. 1625. §. 42. 45. Hermann, kurze Einleit. in die Pandect. S. 139. §. 16. Hellfeld, jurispr. for. T. I. Jenae. 1806. §. 772. i. f. Claproth, Einleit. in sämmtl. summar. Processe. Götting. 1793. §. 391. Heimbach in Weiskes Rechtsler. Bd. 1. S. 823 und Samhaber in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 13. S. 424.

64) Voet l. c. §. 11. v. Glück, a. a. O., S. 434, v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. Bd. 2. 1831. §. 35 und Heimbach, a. a. O., S. 823.

65) D. XLII. 5. (De reb. auct. jud. poss. etc.) fr. 17. pr. Gmelin die Ordn. der Gläubiger. Cap. 2. §. 3. ab init. v. Glück, a. a. O., S. 434, a. E. Heimbach, a a. O., S. 823 u. Samhaber, a. a. O., S. 424.

66) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 46. §. 2. u. D. XLII, 5. (De reb. auct. jud. poss. etc.) fr. 17. pr.

67) Schweppe, das System des Concurses der Gläubiger. Götting. 1829. S. 126.

Digitized by Google

§. 3.

Concentrirung der im Römischen Rechte zerstreut lagernden Materialien, auf deren Grundlage die Construction des Begriffs „funeris sumtus“ zu bewirken ist.

Wo das Justinianische Recht bei dem Begriffe der Leichenbestattungskosten verweilt, supponirt es die Bestattung der Leichen zur Erde [68]), und denkt ausschließlich nur an den Fall: wo der funeris sumtus in alienum funus repetendi animo erfolgt; also nicht an die Leichenbestattungskosten in ihrer §. 1. erwähnten Qualität als arbitrium [69]). Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, zählt es zu den Leichenbestattungskosten aber nur dasjenige „quod funeris causa consumptum est“; sonst nichts weiter; wie sich dies aus folgenden fünf Pandectenstellen:

D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 12. §. 2. fr. 14. §. 3. fr. 14. §. 6.

D. XXXV. 2. (Ad leg. Falcid.) fr. 1. §. 19. und

D. XLII. 5. (De reb. auct. jud. poss.) fr. 17. pr.

mit unbestreitbarer Gewißheit ergiebt. Es will also von einer weiteren Ausdehnung des funeris sumtus nichts wissen [70]), und formulirt in vollster Uebereinstimmung mit dem Gesagten diesen Begriff also:

„Funeris causa sumtus factus videtur is „demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, „sine quo funus duci non possit“ [71]).

---

[68]) Cf. D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 2. §. 5. fr. 14. §. 4. fr. 37. fr. 39. Cod. III. 44. (De religios. etc.) cst. 1. 12. in Verbind. mit Paul. R. S. I. 21. (De sepulchr. et lugend.) §. 1. Das Verbrennen der Todten war nach dem Zeugnisse des Macrobius Saturn. VII. Cp. 7, schon in den Zeiten des Kaisers Theodosius des Jüngern nicht mehr in Gebrauch.

[69]) Schon die Vergleichung der Hauptquelle: D. XI. 7. (De religios. etc.) t. t. setzt diese Behauptung außer Zweifel.

[70]) S. auch v. Glück, a. a. O., Bd. 11. S. 447.

[71]) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 3. Die andere hierher gezo-

Digitized by Google

d. h. doch wol: als Leichenbestattungskosten in der Bedeutung von funeris sumtus hat man bloß denjenigen Aufwand zu betrachten, welcher ausschließlich zum Zwecke einer Bestattung erforderlich ist und ohne welchen eine solche überhaupt gar nicht erfolgen kann.

Hiernach gewinnt es fast den Anschein, als wenn unter dem funeris causa sumtus factus bloß der schlechterdings unvermeidliche, bei jeder Leichenbestattung sich wiederholende, durch concurrirende besondere Verhältnisse nicht bedingte, stets sich gleichbleibende Aufwand verstanden sein sollte. Daß dem jedoch in der That nicht so ist, sehen wir aus einigen anderen Pandectenstellen, welche dem funeris sumtus Ausgaben beizählen, welche in die Kategorie der schlechterdings unvermeidlichen durchaus nicht gehören, nämlich aus:

a) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37.
„Funeris sumtus accipitur, quidquid corporis causa, „veluti unguentorum, erogatum est.“

b) D. XV. 3. (De in rem verso) fr. 7. §. 3.
„Illud plane verum est, quod Labeo scribit, si „odores et unguenta servus emerit, et ad funus „erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat, „videri in rem domini versum.“

c) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37. §. 1.
D. XI. 8. (De mortuo inferendo) fr. 1. §. 6.
D. XXXV. 1. (De conditionib. et demonstr. etc.) fr. 27. i. f.
D. XXXV. 2. (Ad leg. Falcid.) fr. 1. §. 19. fr. 2.

wo auch die Kosten für Errichtung eines monumentum, bezüglich dessen sowohl, quod causa muniendi sepulcri factum sit (**mun**imentum), als jedes anderen (**mon**umentum), das gehörige Maß nicht übersteigenden („ad speciem modiacm“), zu dem funeris sumtus gerechnet werden, obschon in der letzt-

gezogene Stelle: fr. 37. pr. eod. giebt keinen Begriff, sondern will bloß den Umfang der funeris impensa determiniren.

Digitized by Google

gedachten Stelle (fr. 1. §. 19.) sogar ausdrücklich anerkannt wird, daß die Errichtung eines Denkmals keineswegs so nothwendig sei, als das Leichenbegängniß und die Bestattung.

Es ergiebt sich das Gesagte aber auch daraus, daß der funeris sumtus da, wo der Verstorbene de suo bestattet wird, „pro dignitate et facultatibus defuncti“ [72]), dahingegen, wo er nicht von seinem Vermögen bestritten wird, pro dignitate et facultatibus des zur Bestattung Verpflichteten [73]) bemessen werden soll [74]); wovon bei schlechterdings unvermeidlichen Bestattungskosten, die, mit wenigen Ausnahmen, mit Stand und Vermögensverhältnissen

---

[72]) fr. 12. §. 5., fr. 14. §. 6., ab init., in med. et i. f. eod. Dies hat auch die Doctrin nie geläugnet: Brunnemann l. c. Cp. V. §. XIV. Jo. Chemnitius l. c. §. 43. Voet, Comment. l. c. §. 13. Ludovici, Einl. zum Concursproc. Cp. X. §. XII. XIII. J. H. Böhmer, doctr. de act. Hal. Sal. 1765. Sect. II. Cp. VI. §. XI. Hofmann, teutsche Reichspraris. Bd. 2., Frankf. a. M. 1765. §. 1270. Hellfeld, jurispr. for. T. I. §. 773. Gmelin, a. a. O., Cp. 2. §. 3., S. 80. v. Glück, a. a. O. Bd. 11. S. 439, 2. Kori, Syst. des Concursproceß. Leipz. 1807. L. II. §. 8. S. 184, 185. Thibaut, System des Pandectenr. 8. Ausg. Jena. 1834, §. 639., Bucher, Recht der Forderungen §. 147. S. 486. Schweppe, das Röm. Privatr. v. Mejer. Bd. 5. S. 5. Heimbach, a. a. O., S. 824. Sintenis, das pract. gem. Civilrecht. Bd. 2. Leipz. 1847. S. 785. Leist, das erlaubte, ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. Jena. Frommann. 1855. S. 77. Nr. 9.

[73]) fr. 21. eod., wozu auch fr. 28. eod. gehört. S. auch Sintenis a. a. O., §. 126. Nr. I. a. E. Puchta, Pandekten. Leipz. 1805. §. 318 und Arndts, Lehrb. der Pandecten. München. 1852. §. 299. Anmerk. a. E.

[74]) Leyser Med. ad Pand. Vol. VII. Spec. 484. med. 1 u. 2 will die Berücksichtigung der dignitas defuncti von dem Vorhandensein eigenen Vermögens desselben abhängig machen, indem er anführt: „Et sufficiet hoc utique, si actio funeraria contra heredes instituatur, non etiam si contra creditores. Hi enim impensas multas non admittent, quos heredes ferre obstricti sunt.“ Daß aber diese, von dem traurigen Grundsatze: „wer kein Geld hat, hat auch keine dignitas“ ausgehende, Auffassung durchaus unrömisch, also quellenwidrig ist, ergiebt sich klar aus der conjunc-

Digitized by Google

nichts gemein haben, nicht hätte die Rede sein können. Wir wissen aber schon aus §. 2. A. Nr. 5, daß man in der zu ärmlichen Bestattung eines reichen defunctus sogar eine Beschimpfung (contumelia) desselben erblickte, und ein solches Verfahren mit dem Verluste des Rechts auf Ersatz der verlegten funeris impensa bedrohte, also sumtum modicum factum bei der Leiche eines defuncti hominis locupletis überhaupt nicht für schicklich hielt. Uebrigens liefert die in der Note 72 mit angeführte Pandectenstelle: fr. 14. §. 6. noch weitere haltbare Belege für die Richtigkeit der vorhin geltend gemachten Ansicht. Dort ist nemlich auch verordnet, daß der zu handhabende Maßstab der Billigkeit, der ja in diesem Gebiete, wie wir schon wissen, eine so hervorragende Rolle spielt, nicht bloß an die dignitas und die facultates defuncti angelegt sondern auch nach den jeweiligen Umständen, nach der Zeit der Bestattung, nach dem guten Glauben des Gerenten abgemessen und überhaupt unter genauer Abwägung des ganzen, zu Grunde liegenden Sachverhältnisses eingerichtet werden soll. Dies sagen uns die Worte:

„Aequum autem accipitur ex dignitate ejus, qui „funeratus est, ex causa[75]), ex tempore[76]), „et ex bona fide[77]); — deberet enim haberi

---

tiven Stellung der Worte: „pro dignitate **et** facultatibus“ im fr. 21. D. XI. 7., wo eben der Fall der eigenen Vermögenslosigkeit des defunctus zu Grunde liegt.

Unter „dignitas“ ist aber wol nichts Anderes zu verstehen, als das einer physischen Person beiwohnende Ansehen auf das sie vermöge ihrer Stellung im bürgerlichen Leben gerechte Ansprüche hat.

[75]) Daß diese beiden Worte wirklich die angegebene Bedeutung haben, und schon sehr früh in diesem Sinne aufgefaßt wurden, ergiebt sich aus dem erläuternden Zusatze des Azo: „ut si erat funus in peregrinatione, quod oportuit multum perferri.“

[76]) Die Glosse erklärt die Worte „ex tempore“ durch: „ut si fecerit tempore hyemali, in quo plus impendit, quam estate impenderet.“

[77]) Daß hierunter der gute Glaube des Gerenten zu verstehen sei, sehen

„ratio facultatum ejus, in quem factum est: et „ipsius rei[78]), quae ultra modum sine causa „consumitur.“

Auffallend ist es, daß bei dieser Gelegenheit nicht auch der consuetudo patris-familias defuncti s. domini gedacht wird, auf die das Römische Recht in anderen, ähnlichen Fällen doch so gern ein entschiedenes Gewicht legt[79]). Ebendeßhalb darf der Grund dieser Erscheinung, besonders auch bei dem so tief in die Einzelnheiten eingehenden Inhalte des hier in Rede stehenden Pandectentitels, ganz gewiß nicht in einem Uebersehen, sondern vielmehr in einer wohlberechneten Absichtlichkeit gesucht werden. Ich glaube ihn darin zu finden, daß man die aus der häufigen Wiederholung gleichförmiger Handlungen, also auch aus einer subjectiven Willensrichtung entspringende Gewohnheit mit der voluntas domini s. testatoris auf eine Stufe stellte, und bei jener ebensosehr wie bei dieser ein zu oftes Ueberschreiten des richtigen Maßes („egredi justam sumtus rationem“) befürchtete[80]). Gleichwol zieht die Doctrin[81]) hier auch die consuetudo defuncti in den Kreis der Berücksichtigung.

---

wir abermals aus der Glosse, indem sie hierbei äußert: „quia si plus quam impendat petat, non poterit. Item si mala fide plus impendit, imputetur ei.“ Uebrigens ist es auch schon durch die den Worten: „et ex bona fide“ folgenden Textesworte: „ut neque plus imputetur sumptus nomine, quam factum est: neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est:“ vollständig klar. Man vergl. auch Cod. III. 31. (De pet. hered.) cst. 4. — Nach Cod. III. 44. (De religios. etc.) cst. 3. soll der funeris sumtus „boni viri arbitratu“ beurtheilt werden.

[78]) Hierbei hat die Glosse eine Erläuterung nicht für nöthig gehalten.

[79]) Vergl. z. B. D. V. 3. (De hered. pet.) fr. 54. §. 2 und D. XV. 3. (De in rem verso) fr. 3. §. 3.

[80]) Cf. D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 6. i. f. D. De legat. I. fr. 113. §. 5.

[81]) Vergl. Samhaber, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 13. S. 427. d. und Ruhstrat, Ueber negotior. gestio. Oldenb. Stalling. 1858. S. 73. —

Digitized by Google

Aus dem Bisherigen läßt sich nun aber mindestens so viel mit Gewißheit erkennen, daß das heutige Römische Recht unter funeris sumtus nicht nur denjenigen Aufwand begreift, der bei Bestattung einer Leiche überhaupt nicht vermieden werden kann, sondern auch denjenigen, der zwar vermieden werden könnte, aber im Fragefalle, wegen dabei nothwendiger Beobachtung gesetzlicher Billigkeitsrücksichten der angegebenen Art, nicht vermieden werden darf, also außer dem absolut nothwendigen, stets auch den relativ nothwendigen Aufwand [82]).

Am Schlusse dieses §. ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß der funeris sumtus, wenn auch nicht gerade in seinem ursprünglichen Umfange, sich wiederholt nöthig machen kann. Denn obschon das Römische Recht den Grundsatz aufstellt:

Wenn die Doctrin und nach ihr die Praxis die Bestattung eines Verstorbenen außerdem auch noch nach der consuetudo loci: J. H. Boehmer, doctr. de actionib. Sect. II. Cp. VI. §. XI. Gmelin, die Ordn. der Gläubiger Cp. 2. §. 3. S. 83. v. Glück, Commentar. Bd. 11. S. 411, 447, 448. Kori, System des Concursproceß. L. II. §. 8. Note 37. Bucher, das Recht der Forderungen S. 486. Samhaber, a. a. O., S. 426, 427. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 1. S. 822., oder nach dem usus regionis: Voet. l. c. §. 14., nach der consuetudo des betreffenden Landes: Ludovici, Einl. zum Concursproc. Cp. X. §. XII., oder überhaupt bloß nach Schicklichkeit und Anstand: Thibaut, Civilproceß §. 1236. (6. Ausg. seines Systems des Pandektenr.) Kori, a. a. O., S. 184 oben, und sogar ausschließlich nach der herrschenden Sitte: Schneider, die allgem. subsidiär. Klagen des Röm. Rechts. S. 505, eingerichtet wissen wollen; so sind dies Rücksichtnahmen, von denen wenigstens in der Justinianischen Rechtssammlung nirgends die Rede ist, also rein willkührliche.

[82]) Also keinesweges den relativ nothwendigen allein, wie Schneider a. a. O., behauptet hat. Es liegt dies ja auch schon in der Natur der Sache selbst.

Digitized by Google

„unius [83]) sepultura plura sepulchra effi-
„cere non potest“ [84]).

und ferner auch streng darüber wachte:

„Ne justae sepulturae traditum, id est
„terra conditum, corpus inquietetur“ [85]);

so mußte es doch auch anerkennen, daß der Eintritt unvorhergesehener Naturereignisse, ja schon die gegründete Besorgniß des Eintritts derselben, oder andere derartige triftige und unvermeidliche Umstände die Fortschaffung bereits bestatteter Leichen und ihre Beisetzung in andere Grabstätten unabweisbar machen konnten. Deshalb stellte schon Paulus [86]) den Satz auf:

„Ob incursum fluminis, vel metum, corpus jam
„perpetuae sepulturae traditum, solemnibus redditis
„sacrificiis, per noctem [87]), in alium locum trans-
„ferri potest“

und in vollster Uebereinstimmung hiermit verordnet das Justinianische Recht für derartige Ausnahmsfälle in den Pandecten:

---

[83]) d. h. nach der Glosse des Accursius: „unius hominis sepulti.“

[84]) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 44. Dieser Satz ist eine offenbare Nachbildung der in der X. Tafel des Zwölftafelgesetzes enthaltenen Vorschriften: „Homini mortuo osa ne legito, quo post funus facias (d. h. cujus causa postea funus, funerisque impensae de novo iterentur), extra quam si belli endove hostico mortus escit (nisi si quis in bello mortuus sit, vel peregre)“; und: „uni plura funera ne facito, neve plures lectos sternito.“ Vergl. hierüber: Jo. Rosini, Rom. antiq. corp. absolut. L. V. fol. 442 in med. und L. VIII. fol. 564. Nr. VI. fol. 566. Nr. X. Matern, v. Cilano ausf. Abhandl. der röm. Alterth. Bd. 4. S. 1351. Adam, Handb. der röm. Alterth. Ausg. v. Meyer Bd. 2. S. 246.

[85]) fr. 39. D. eod. junct. C. III. 44. (De religios. etc.) cst. 14.

[86]) Rec. S. I. 21. (De sepulchr. et lugend.) §. 1.

[87]) Jedenfalls um Aufsehen zu vermeiden und die Kosten möglichst zu sparen.

Digitized by Google

„Sed arculam ipsam, si res exigat, in locum commodiorem licere transferre, non est denegandum [88])

und im Codex:

„Si vi fluminis reliquiae filii tui continguntur, vel „alia justa et necessaria causa intervenit: existimatione Rectoris provinciae transferre eas in alium „locum poteris“ [89]).

Das aber der in Folge des Eintritts eines solchen Ausnahmefalls, je nach Beschaffenheit der Verhältnisse bald in größerem bald in geringerem Maße, wiederholt sich nöthig machende Aufwand nach den Grundsätzen vom funeris sumtus überhaupt zu beurtheilen ist, bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung.

§. 4.

Bisherige Aufstellung des Begriffs vom „Funeris sumtus“ durch die Doctrin, und Versuch einer quellengemäßeren, haltbaren Feststellung desselben.

Es ist in der That eine auffallende Erscheinung, daß aus der langen Reihe der Rechtsgelehrten, welche als Bearbeiter dieser Materie aufgetreten sind, im Ganzen nur wenige die Aufstellung dieses doch so nothwendigen Begriffs versucht haben, und daß selbst die wenigen aufgestellten Begriffe bedeutend von einander abweichen. Schon hieraus geht, nach meinem Dafürhalten, unläugbar hervor, daß man den wahren, die zu Grunde liegenden römisch-rechtlichen Quellen harmonisch durchdringenden, und sie beherrschenden Geist, der bei seiner Stabilität offenbar unausgesetzt auf dasselbe Resultat hätte führen müssen, nicht

[88]) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 39. i. f.

[89]) Cod. h. t. cst. 1. Bei Leichen relegirter und deportirter Personen wurde es mit der translatio corporis ganz besonders streng genommen, denn man ging hier von der Ansicht aus: „poena etiam post mortem manet.“ cf. D. XLVIII. 24. (De cadaver. punitor.) fr. 2.

Digitized by Google

richtig erfaßt hatte (Vergl. §. 1. Nr. 1.). Es erklärt sich daraus aber auch zugleich die, vorzugsweise bei Fixirung des Umfanges des funeris sumtus sich kundgebende, Meinungsverschiedenheit. Denn wo der Begriff eines Gegenstandes abweichend aufgestellt wird, müssen nothwendiger Weise auch die Grenzen seines Umfanges verschiedenartig gesteckt werden. —

Die bereits vorliegenden, fraglichen Begriffe lassen sich unter drei Classen zusammenfassen.

Erste Classe. Hierher gehört Thibaut, indem er in dem, seinem Systeme des Pandectenrechts bis zur 6. Ausgabe (1823) angehängten Civilprocesse, §. 1236, äußert:

„In die erste Classe (der Concursgläubiger) gehören „1), die Leichenkosten, d. h. alle Forderungen, wegen „der nach Schicklichkeit und Anstand besorgten Beerdi„gung des Gemeinschuldners, oder einer Person, welche „derselbe beerdigen zu lassen verpflichtet war."

Mit dieser Begriffsaufstellung kommen wir schnell zu Ende; denn abgesehen davon, daß sie mit alleiniger Rücksichtnahme auf den Concursproceß, also durchaus einseitig gefaßt ist, entspricht sie überhaupt auch nicht den im §. 3 entwickelten Anforderungen der Quellen.

Zweite Classe. Unter dieser Classe sind aufzuführen:

1) die wörtlich übereinstimmenden Definitionen von Joh. Hieronym. Hermann[90]) und von Joh. Aug. Hellfeld[91]), wonach unter „Leich-Unkosten" bezüglich „Funeris „sumtus" derjenige Aufwand zu verstehen sein soll:

„sine quo funus honeste duci non possit."

2) Die Definition von Christian Gottl. Gmelin[92]), welcher unter „Leichkosten" alle diejenigen begreift:

---

90) S. dessen Kurze Einleit. in die Pandecten. S. 139. §. 15.

91 Jurisprud. forens. T. I. §. 774.

92) Die Ordn. der Gläubiger Cp. 2. §. 3. S. 81.

Digitized by Google

„ohne welche nach der Gewohnheit eines jeden
„Orts das Leichenbegängniß nicht ehrbar gehalten
„werden kann," und

3) die Definition von Heimbach [93]):

„Begräbnißkosten, Leichenkosten (funeris sumtus oder
„impensae funeris) sind der Inbegriff alles desjeni-
„gen, was aufgewendet wird, um den Verstorbenen
„auf eine anständige Art zu bestatten."

Auch diese jetzt mitgetheilten drei Definitionen sind unhaltbar; denn sie passen alle ebensogut auf die offenbar dabei gar nicht in das Auge gefaßten Leichenbestattungskosten in ihrer Qualität als arbitrium, als auf die Leichenbestattungskosten in der Bedeutung von funeris sumtus. Man kann ihnen deshalb mit voller Berechtigung den Vorwurf einer viel zu großen Allgemeinheit machen. Zugleich sind sie aber auch nicht erschöpfend, denn es gehen ihnen mehrere, aus §. 3. sich sofort ergebende, gesetzliche Merkmale ab, die wegen ihrer außerordentlichen Wesentlichkeit bei der Begriffsbildung unerläßlich sind.

Hiernächst ist insbesondere noch an Gmelin's Definition die Hereinziehung der Ortsgewohnheit zu tadeln, die das Justinianische Recht (nach §. 3. und besonders Note 81) nicht beachtet wissen will.

Die Heimbach'sche Definition endlich halte ich aber namentlich auch aus folgendem Grunde nicht für treffend: Heimbach begreift nämlich unter funeris sumtus nur dasjenige, was aufgewendet wird, um den Verstorbenen auf eine anständige Art zu bestatten; also das nicht, was ohne diese Absicht aufgewendet wird. Da nun aber bei jeder Leichenbestattung allerdings auch Kosten vorkommen, welche ohne alle Rücksicht auf Anstand und bloß deshalb bestritten werden, weil sie zu Realisirung der Bestattung schlechterdings unvermeidlich sind; so folgt hieraus, daß Heimbach in seinem

93) In Weiske's Rechtslexic. Bd. 1. S. 821.

Digitized by Google

Begriffe die absolut nothwendigen Leichenbestattungskosten, also gerade den wesentlichsten Theil derselben, den das Pandectenrecht ebendeshalb in erster Linie unter den funeris sumtus rechnet, ohne Weiteres ausschließt, was er doch wol gewiß nicht will. Daß vor Heimbach schon Schneider[94]) in derselben Weise fehlging, sahen wir bereits oben bei Note 82.

Dritte Classe. Hierunter sind die Definitionen derjenigen Rechtsgelehrten zu erwähnen, welche den Begriff von funeris sumtus zwar in einer, den betreffenden Vorschriften des Justinianischen Rechts entsprechenderen, aber gleichwol noch immer lückenhaften und deshalb ungenügenden Weise formulirten. Dies gilt namentlich:

1) von Joh. Voet[95]) wenn er sagt:

„Funeris causa sumtus proprie factus intelligitur „non ille, qui ad meram ostentationem ambitionem- „que spectat, veluti etc. — sed potius is tantum, „qui ideo erogatus fuit, ut funus ducatur, et sine „quo ex usu regionis ac qualitate funerandi „duci non posset; ut puta“ etc. —

Hieran ist ganz besonders auch die (nach §. 3. und besonders Note 81.) quellenwidrige Berücksichtigung des usus regionis zu rügen;

2) von Christoph Christian Dabelow[96]) indem er behauptet:

„Unter Leichenkosten (sumtus funeris) wird nach dem „Römischen Rechte alles dasjenige begriffen, was ent- „weder unmittelbar zur Beerdigung des Ver- „storbenen aufgewendet worden, oder zwar nur bei „Gelegenheit derselben, aber nothwendig aufge- „wendet werden mußte, d. h. darum, weil die Beer-

94) Die allgem. subsidiär. Klagen des Röm. Rechts. S. 505.

95) Commentar ad Pand. l. c. §. 14.

96) Ausführl. Entwickel. der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 188.

Digitized by Google

„digung sonst entweder gar nicht, oder doch nicht
„ordentlich, und auf eine für den Verstorbenen anständi-
„dige Art bewerkstelligt werden konnte" und

3) von Christian Friedrich v. Glück[97]), welcher deshalb ohne Unterbrechung mit Dabelow anzuführen ist, weil er die Dabelow'sche Definition, abgesehen von einer am Schlusse derselben, und allerdings mit Recht, vorgenommenen Abänderung wörtlich[98]) wiedergiebt; er lehrt:

„Unter Leichenkosten (Funeris sumtus) wird nach dem
„römischen Rechte alles dasjenige begriffen, was ent-
„weder unmittelbar zur Beerdigung des Ver-
„storbenen aufgewendet worden, oder zwar nur bei
„Gelegenheit derselben, aber doch nothwendig
„aufgewendet werden mußte, um die Beerdigung auf
„eine, für den Verstorbenen anständige Weise zu be-
„werkstelligen."

Beide soeben mitgetheilte Definitionen tragen, nach meiner Ueberzeugung, außer den vorhin schon angegebenen allgemeinen Mängeln, noch folgende besondere an sich:

Zuvörderst scheinen mir die Ausdrücke „unmittelbar" und „bei Gelegenheit" sehr unglücklich gewählt worden zu sein; denn das, was unmittelbar zur Beerdigung eines Todten aufgewendet wird, ist, streng genommen, nur dasjenige, was der Besorger der Bestattung lediglich selbst und nicht durch Andere aufwendet. Daß aber Dabelow und mit ihm v. Glück an diese Bedeutung des Wortes „unmittelbar" nicht im Entferntesten gedacht haben, beweist sehr evident der spätere Ausdruck „bei Gelegenheit" und die darauf weiter folgenden Worte. Es ergiebt sich nämlich daraus mit der größten Bestimmtheit,

---

97) Pandecten-Commentar. Bd. 11. S. 441.

98) S. §. 1. dieser Abhandl. Dabelow schrieb nämlich seine Definition, wenn nicht schon 1795, doch spätestens 1801, von Glück aber die bei ihm befindliche 1809.

Digitized by Google

daß beide Rechtsgelehrte im ersten Falle den absolut nothwendigen und im zweiten Falle den relativ nothwendigen Aufwand, und nichts Anderes als dieses, im Sinne hatten. Sie haben also Beide das Wort „unmittelbar" mit „unvermeidlich" verwechselt.

In Bezug auf den Ausdruck „bei Gelegenheit" ist aber tadelnd hervorzuheben, daß derselbe durchaus kein Gegensatz von „unmittelbar" ist, und daß ja das zur Beerdigung unmittelbar Aufgewendete ebensogut bei Gelegenheit derselben aufgewendet wird, als die später erwähnte Art des Aufwandes. Hiernächst muß noch erinnert werden, daß durch die in beiden Definitionen offenbar erfolgte Verwechselung der disjunctiven Conjunctionen „entweder — oder" mit den collativen „nicht nur" — sondern auch" möglicher Weise eine ganz verkehrte, von den Urhebern der ersteren ganz gewiß nicht beabsichtigte, Auffassung herbeigeführt werden kann.

Endlich ist völlig unverständlich, was Dabelow im zweiten Theile seiner Definition mit dem Satze: „weil die Beerdigung sonst entweder gar nicht — bewerkstelligt werden konnte" eigentlich hat sagen wollen, weil die Beerdigung durch den dort allein in Rede stehenden, relativ nothwendigen Aufwand gar nicht bedingt ist. Das hat auch v. Glück sehr wol gefühlt und deshalb in seiner sonst so getreuen Nachbildung der Dabelow'schen Definition diese Periode ganz weggelassen.

Da keine der bisher beleuchteten Definitionen Befriedigung gewährt und gewähren konnte, andere, zufriedenstellendere aber meines Wissens nicht vorhanden sind; so will ich den fraglichen Begriff, unter sorgfältigster Benutzung der in den Quellen hierzu gegebenen Fingerzeige nunmehr selbst festzustellen suchen. Ich glaube, daß dies nur in folgender Weise geschehen darf:

Auch der Ausdruck: „Leichenbestattungskosten" hat eine weitere und eine engere Bedeutung. Unter

I. Leichenbestattungskosten im weiteren Sinne hat

Digitized by Google

man im Allgemeinen diejenigen Ausgaben zu verstehen, die aus irgend welchem Grunde zur Bestattung eines Leichnams aufgewendet werden. Unter

II. Leichenbestattungskosten im engeren Sinne aber sowol

a) denjenigen Aufwand, welchen die zur Bestattung eines Verstorbenen rechtlich verpflichtete Person zur Bewerkstelligung der ersteren zu machen hat, ohne dabei durch andere Rücksichten beschränkt zu sein[99]), als durch die dem Todten und dem öffentlichen Schicklichkeitsgefühle zu zollende Achtung (arbitrium, arbitria[100]), als auch

b) denjenigen, absolut nothwendigen und, je nachdem der defunctus de suo oder de alieno bestattet wird, entweder nach dem Stande und Vermögen des Verstorbenen, oder des Beerdigungspflichtigen einzurichtenden, relativ nothwendigen Aufwand, welchen eine im Fragefalle zur Bestattung gar nicht oder nur antheilig[101]) verpflichtete Person, bezüglich über die Grenzen ihrer Verbindlichkeit hinaus, für die gleichwol durch sie besorgte Bestattung einer ganz oder antheilig als fremd zu betrachtenden Leiche, gleichviel ob mit oder ohne Auftrag, aber aus eigenen Mitteln und in der Absicht späterer Zurückforderung aus dem ersatzpflichtigen Vermögen, bestreitet (Funeris sumtus, funeris impensa im Sinne des Justinianischen Rechts).

---

99) Die schuldige Rücksicht auf mit gesetzlicher Gültigkeit erlassene Begräbnißordnungen ist natürlich niemals ausgeschlossen.

100) Vergl. auch §. 1. Nr. 2.

101) Z. B. der zur Zeit der nicht länger zu verschiebenden Bestattung des Erblassers im Sterbehause allein anwesende Miterbe.

Digitized by Google

Da auf dieſe Weiſe alle, den Begriff des funeris sumtus bedingenden, aus den bisherigen Entwickelungen uns genügend bekannten, mannichfaltigen, geſetzlichen Beſtandtheile deſſelben auf einmal klar und vollſtändig in das Bewußtſein treten, ſo wird kaum Jemand behaupten können, daß hier die Sphäre des erſteren unrichtig abgegrenzt worden ſei.

§. 5.

Auch durch die Doctrin feſtgehaltener Umfang des Begriffs: „Funeris sumtus“ in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen.

Um jede ungebührliche Ausdehnung des funeris sumtus von vornherein zu verhindern, die nach den hierüber vorhandenen, hiſtoriſchen Nachrichten gerade in Rom, mehr als in jedem anderen Orte, ſchon ſehr frühzeitig zur übelſten Gewohnheit geworden war, ſtellte das Juſtinianiſche Recht, gewiſſermaßen an der Eingangspforte dieſes ſo leicht ausdehnbaren Gebiets, folgende allgemeinen Normen auf:

A. als funeris sumtus kann rechtlich nur dasjenige angeſprochen werden, was zum Zwecke der Beſorgung einer Leichenbeſtattung verausgabt wird — „Quod funeris causa sumtus factus erit“ [102]); ſonſt durchaus nichts weiter — „non etiam caeterorum sumtuum“ [103]);

B. welcher Art dieſer Aufwand auch ſein mag, ſo ſoll er doch unter allen Umſtänden das richtige Maß nicht überſchreiten. Geſchieht dies dennoch, — „quae ultra modum sine causa consumitur“ — „si res egrediatur justam sumtus rationem“ [104]), ſo kann das Plus nicht in Anrechnung

---

[102]) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 12. §. 2. Bucher, Recht der Forderungen. S. 486. meint: „Zu den Leichenkoſten gehört, wie ſich von ſelbſt verſteht, Alles, was dazu nöthig war“; als wenn dies ſo feſt ſtände, und als ob alles dazu Gerechnete wirklich auch immer nöthig wäre.

[103]) fr. 14. §. 6. ab init. eod.

[104]) fr. 14. §. 6. i. f. eod.

Digitized by Google

gebracht werden — „ut neque plus imputetur sumtus nomine quam factum est“ [105]);

C. alles rein Ueberflüssige passirt nicht, — „neque tantum (imputetur), quantum factum est, si immodice factum est“ [106]) — „aut si qua alia supervacua ut in funus impendantur, non valere, Papinianus Libro III, Responsor. scribit [107]);

D. der funeris sumtus soll unter allen Umständen, (wie ich schon im §. 3 zu entwickeln Gelegenheit hatte), nach dem Stande und Vermögen des defunctus oder des Beerdigungspflichtigen bemessen werden, je nachdem der Verstorbene de suo oder de alieno bestattet wird.

Daß diese letztere Bestimmung vorzugsweise auf den relativ nothwendigen Aufwand bezogen werden muß, ergiebt sich (wie §. 3 auch schon angedeutet wurde) daraus, daß Stand und Vermögen auf den absolut nothwendigen Aufwand in der Regel gar keinen Einfluß üben. Damit nun aber der funeris sumtus dem Stande und Vermögen stets auch genau entspricht, so soll hierbei in jedem einzelnen Falle besonders erwogen werden, wieweit man ex causa, ex tempore, ex bona fide und überhaupt ex re ipsa zu gehen habe, Ausdrücke, die im §. 3 ebenfalls schon ihre Erklärung fanden.

Unter strenger Festhaltung dieser Gesichtspunkte führt das Justinianische Recht eine ganze Reihe von Ausgaben auf, welche

---

105) fr. 14. §. 6. in med. eod.

106) fr. 14. §. 6. in med. eod.

107) Cf. D. De legat. I. fr. 113. §. 5. — Zu B. und C. vergl. man außerdem: Ludovici, Concursproceß. Cp. X. §. XII. XIII. Hellfeld, Jurispr. forens. T. I. §. 773. Gmelin, die Ordn. der Gläubiger S. 80. Nr. 2., Claproth, Einlt. in sämmtl. summar. Processe. S. 610. Dabelow, Concurs. S. 190. Kori, Concursprozeß S. 185. v. Glück, Commentar. Bd. 11. S. 439. Nr. 2. Thibaut, System des Pandectenr. 8. Ausg. §. 639. Schweppe, System des Concurs. S. 126. Mühlenbruch Lehrb. des Pandectenr. Bd. 2. 1836. §. 438. Heimbach, in Weiske's Rechtslex. Bd. 1. S. 824. Sintenis, Civilrecht Bd. 2. S. 785.

Digitized by Google

theils zu den absolut nothwendigen, theils zu den relativ nothwendigen zu rechnen sind.

I. Absolut nothwendige Ausgaben:

1) den Aufwand für die dem Todten anzuziehenden Kleidungsstücke (s. g. Sterbekleider), worunter selbstverständlich nicht bloß die Ausgaben für den Ankauf der Kleiderstoffe, sondern auch die Löhne für Anfertigung dieser Kleidungsstücke begriffen sind. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 4.

„Idemque et si quid — factum sit — vel (in) vestem [108]), collocandam“ [109]), und aus fr. 46. §. 2 eod.

„Ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint“ — [110]).

Daß dieser Aufwand dem absolut nothwendigen beizuzählen sei, ist nie geläugnet worden. Da jedoch die Grenzen des unumgänglich Nothwendigen hierbei sehr leicht überschritten werden können, und je nach Stand und Vermögen der Verlebten bekanntlich auch sehr häufig überschritten werden [111]), so hat

---

[108]) Die Glosse erklärt „vestem“, aber gewiß etwas geschraubt, durch „Stamen vel cilicium.“

[109]) Collocare ist hier soviel als impendere; cf. auch: D. XVII. 1. (Mandati vel contra) fr. 2. §. 6. u. Phil. Vicat, Vocabular. juris sub. utriusque. Paris. 1759. T. I. S. 284. s. v. „Collocare.“ Weiter will doch auch v. Glück, a. a. O., S. 442., Note 61. bei aller Weitläuftigkeit über diesen Punkt nichts sagen, und es ist durchaus nicht nöthig, statt „collocandam“ „collocatum“ zu lesen, wie er dort vorschlägt.

[110]) Vergl. auch Brunnemann, de processu concurs. cred. Cp. V. §. XIV. Voet, Comment. l. c. §. 14. Dabelow, a. a. O., S. 189. I. Wittich, System des Civilrechts. Bd. 2. 1805. S. 146. Note * Kori, a. a. O., S. 184. Nr. 1. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 1. Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 5. S. 5. lit. a. Heimbach, a. a. O., S. 822.

[111]) Wie sehr dies namentlich bei den Römern geschah s. aus Matern. v. Cilano a. a. O., Bd. 4. S. 1328, 1313. Note 20. 1336. Rosini, l. c. L. V. fol. 440. Creuzer, Abriß der Röm. Antiquit. §. 291, und Adam, Handb. der Röm. Alterth. v. Meyer Bd. 2. S. 225.

Digitized by Google

dieser Aufwand — vielleicht der einzige dieser Art — das Eigenthümliche, daß er zugleich in die Classe des relativ nothwendigen gehört. Daß der Gesetzgeber, insbesondere auch rücksichtlich dieses Aufwandes, jedes Uebermaß bei Seite gesetzt wissen will, zeigt wol schon die Ausdrucksweise: „et si quid — factum sit“ in Verbindung mit D. De legat. I. fr. 113. §. 5 sehr deutlich an[112]).

2) Die Kosten der Fortschaffung eines Leichnams aus dem Sterbehause nach der ihm bereiteten Grabstätte, also des eigentlichen Leichenbegängnisses (exsequiae), was die Quellen durch:

„quid impensum est in elationem mortui[113])

bezeichnen. Die Griechen nannten diesen Act: ἐκφορά oder ἐκκομιδή[114]).

Daß aber das Wort: „efferre,“ sobald es in solchen Beziehungen vorkömmt, in den Quellen wirklich die angegebene Bedeutung hat, läßt sich aus Nov. 2. Praef. §. 1. „et extulisse quidem maritum“ mit Gewißheit abnehmen[115]).

3) Die Ausgabe für den Begräbnißplatz. Wir ersehen dies aus D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 3.

„et si quid in locum fuerit erogatum, in „quem mortuus inferretur, funeris causa

---

[112]) In diesem Sinne bemerkt Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 4, ganz richtig: das Kleid des Verstorbenen müsse gering sein.

[113]) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 3. Vergl. auch: Schweppe, a. a. O., Bd. 5. S 5. lit. c. Heimbach, a. a. O., S. 822 oben. Samhaber, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 13. S. 426. lit. c. Nur darf man für das Begründetsein dieses Aufwandes in den Quellen, nicht, wie Samhaber thut, den §. 4. des 14. fr. anführen wollen.

[114]) S. Eschenburg, Handb. der klass. Literatur. Ausg. v. Lütcke. Berlin. 1837. S. 492.

[115]) Vergl. auch noch Matern. v. Cilano, a. a. O., S. 1332 und Nitsch, Beschreib. des häuslichen ꝛc. Zustandes der Römer. Bd. 1. S. 291. a. E.

Digitized by Google

„videri Labeo scribit: quia necessario „locus paratur, in quo corpus conditur“ nicht weniger auch aus fr. 37. pr. eod.

„et pretium loci, in quo defunctus humatus est“ [116]).

Bei den Römern waren die Begräbnißplätze entweder öffentliche oder im Privateigenthum befindliche. Die öffentlichen, einst für die Vestalischen Jungfrauen und um den Staat hochverdiente Männer, befanden sich bekanntlich auf dem Campus Martius oder Campus Esquilinus, wogegen sich für die unbemittelte Volksklasse öffentliche Begräbnisse (Puticulae v. Puticuli) vor dem Esquilinischen Thore befanden. Außerdem bestattete man die Todten, und dies war der gewöhnliche Fall, in Privatgrundstücken, in Feldern, Bergen, Gärten, besonders aber an öffentlichen Wegen [117]). Wer gar kein oder kein zu diesem Zwecke geeignetes Privatgrundstück hatte, konnte sich jedoch ein solches auf fremdem Grund und Boden kaufen. Das hierbei aufgewendete Kaufpretium ist eigentlich derjenige Aufwand, den die vorhin angeführten Quellen im Auge haben [118]). Wenn nun gegenwärtig auch die Leichen, mit wenigen Ausnahmen, auf öffentlichen Begräbnißplätzen bestattet werden, so ist doch das pretium loci, wenn auch nicht in jener ursprünglichen Bedeutung, sondern in der Form eines s. g. Stättegeldes wol fast aller Orten noch in Gebrauch, und man läßt

---

[116]) Carpzov, def. for. P. I. Cst. XXVIII. Def. XLI. §. 1. Voet, l. c. §. 14. Gmelin, a. a. O., S. 81. Nr. 1. Dabelow, a. a. O., S. 189. II. Wittich, Civilrecht. Bd. 2. S. 146. Note *. Kori, Concursproc. S. 184. Nr. 2. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 2. Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 5. S. 5. lit. b. Samhaber, a. a. O., S. 426. lit. a. Heimbach, a. a. O., S. 822., oben. Sintenis, Civilrecht. Bd. 2. S. 785.

[117]) Cf. Rosini, Rom. Antiq. L. V. fol. 442., in med. v. Glück, a. a. O., S. 386—388. Adam Handb. der Röm. Alterth. v. Meyer Bd. 2. S. 238. S. auch Gaj. Inst. II. §. 6.

[118]) S. v. Glück, a. a. O., S. 391.

Digitized by Google

sich in der Erhebung desselben selbst durch Decr. Gr. P. II. Caus. XIII. Qu. II. Can. XII. und X. III. 28. (De sepultur.) Cp. XIII. nicht irre machen.

Der Aufwand für etwaiges Ausmauern und Wölben der Grabstätten, gehört als etwas rein Ueberflüssiges ebensowenig unter die Kosten des Begräbnißplatzes als der Kaufpreis für den Grund und Boden eines Erb- oder Familien-Begräbnisses bei Leichen distinguirter Personen in denjenigen Orten, wo neben den s. g. Reihengräbern dergleichen abgesonderte Begräbnisse üblich sind, weil es für Niemanden schimpflich sein kann, da bestattet zu werden, wo alle andere ehrenwerthe Staatsbürger ebenfalls ihre letzte Ruhestätte finden.

4) Den Aufwand für den Sarg. Diese Behauptung stützt sich

a) auf die Worte: „vel si quid (sc. Factum sit) in marmor“ – in D.XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 4. und

b) auf die Worte: „vel sarcophagi“ in fr. 37. pr. eod. 119).

Marmor ist aber nach einem doppelten Zeugnisse des Cujas [120]) so viel als sarcophagus, und sarcophagus bezeichnete nach Plinius [121]) ursprünglich einen Sarg aus Assischem Steine (sarcophagus lapis), welcher, bei der Stadt Assos in Mysien gegraben, die merkwürdige Eigenschaft gehabt haben soll, daß die darin beigesetzten Leichen, mit Ausnahme der Zähne,

---

119) Vergl. auch: Carpzov, l. c. Voet, l. c. Kori, a. a. O., v. Glück a. a. O., S. 445. N. 2. Schweppe, a. a. O., Heimbach, a. a. O., Samhaber, a. a. O., S. 427. lit. e. Es ist vollkommen richtig, wenn Letzterer hinzufügt: daß gerade bei dem Sarge nutzloser Aufwand am Meisten vorkomme. Gmelin, a. a. O., S. 81—82 hat bei aller Fertigkeit im Specialisiren des funeris sumtus, den Sarg dennoch vergessen.

120) Observat. L. V. Cp. XL und L. XI. Cp XXI. S. auch. v. Glück, a. a. O., S. 442. Note 60.

121) Histor. nat. II. 96 und XXXVI. 17.

Digitized by Google

binnen 40 Tagen consumirt worden seien [122]). Hernach wurde aber unter dem Ausdrucke „sarcophagus“ der Sarg überhaupt, ja sogar das ganze Grab verstanden [123]). Nebenbei nannten die Römer den, gemeinlich aus gewöhnlichem Steine oder Thone gefertigten, Sarg auch loculus vel arca, arca lapidea [124]) und arcula [125]); indessen scheint man sich unter diesen Bezeichnungen nach Cujas [126]) vorzugsweise eine ärmlichere Art (plebejum genus) von Särgen gedacht zu haben. Mit dem Ausdrucke marmor dagegen, den insbesondere reiche Römer zu Särgen verwenden ließen, pflegte man eben aus diesem Grunde mehr den Begriff des Anständigen zu verbinden [127]).

Vorzugsweise hier hat man darauf zu achten, daß keine consumtio ultra modum vorkomme.

5) Endlich enthalten die Pandecten am Schlusse des kaum gedachten fr. 37. pr. noch den ganz allgemeinen Satz:

„et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur,
„consumptum est, funeris impensam esse existimo.“

Darunter sind offenbar auch Ausgaben begriffen, welche man ganz gewiß, und nach der übereinstimmenden Meinung aller gebildeten Völker, dem unerläßlichen funeris sumtus beizurechnen hat. Ich meine nämlich: die Kosten der Rei-

---

122) Die Glosse scheint hieran nicht gedacht zu haben, denn sie schreibt (bei dem Worte „sarcophagi“) die schnelle Consumtion des Leichnams im Sarcophag nur den Würmern zu.

123) Juvenal. Sat. X. 172; D. XXXIV. 1. (De aliment. etc.) fr. 18. §. 5. Auch hier ist sarcophagus nichts Anderes als überhaupt ein Sarg. Vergl. auch v. Glück, a. a. O., S. 443. Note 62.

124) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 7. §. 1.

125) fr. 39. eod.

126) Observat. L. XI. Cp. XXI.

127) S. Matern. v. Cilano, a. a. O., Bd. 4. S. 1360. Adam, a. a. O., Bd. 2. S. 251. Kurzweilig ist es in der That, wenn Wittig, Civilrecht. Bd. 2. S. 146. Note *. auf Grund des fr. 12. §. 4., (soll wol heißen fr. 14. §. 4.) eod, die Kosten für „Marmor“ zu den funeris sumtus rechnet.

Digitized by Google

nigung und Einkleidung der Leiche[128]). Daß dieselben hier eingestellt wurden, war gewissermaßen schon eine nothwendige Folge des unter Nr. 1. Gesagten. Wir wissen ebendaher, daß auch die Römer ihre Todten einzukleiden pflegten; und daß bei ihnen zugleich die Sitte herrschte, die Leichen vorher durch Abwaschung zu reinigen, berichten uns der Philosoph Lucian[129]) und der Grammatiker und bekannte Commentator des Virgilius: M. Honorat. Servius[130]). Dies Geschäft verrichteten die nächsten Anverwandten, bald aber allgemein das unter dem Namen „Pollinctores" bekannte Hilfspersonal der Libitinarii[131]); bei uns, in Ermangelung dieses Instituts, die s. g. Leichen- oder Anzieh-Frauen, welche für diese Dienstleistung mit einem ortsüblich oder statutarisch festgestellten Geldbetrage abgelohnt werden, welcher den hier besprochenen Aufwand eben ausmacht.

Auf die Leibwäsche und Betten der bedienten Leiche haben jedoch diese Personen, wie sie sich bisweilen anmaßen, durchaus keine Ansprüche, und dürfen schon aus gesundheitspolizeilichen Gründen keine solchen haben. Wo also eine solche gesetzwidrige Ausdehnung dieses Aufwandes vorkömmt, ist sie aus der Reihe des sumtus funeris stets zu streichen.

Daß der zu seiner Zeit und noch lange danach so weithin einflußreiche Carpzov sehr schädlich wirkte, indem er aus der vorhin

---

128) Dabelow, Concurs S. 189. I. Kori, Concursproc. S. 184. Nr. 1. v. Glück, Commentar. Bd. 11. S. 445. Nr. 1. Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 5. S. 5. lit. a. Was aber Dabelow nach Aufführung der Worte: „Bekleidung und Einkleidung des todten Körpers" mit den ferneren Worten: „äussere Bekleidung — der Leiche" sagen will, ist mir, offen gesagt, nicht klar.

129) De luctu C. 11. 12.

130) Ad Virgil. Aen. VI. 218. 219. IX. 487.

131) Cf. Rosini, l. c. L. V. Cp. XXXIX. ab init. Matern. v. Cilano, a. a. O., Bd. 4., S. 1325. Adam, Handb. der Röm. Alterth. v. Meyer. Bd. 2. S. 225.

Digitized by Google

angeführten Quellenstelle (fr. 37. pr.) den ganz allgemein gehaltenen Lehrsatz schuf [132]):

„Funebrium impensarum nomine continentur, quae-
„cunque corporis causa erogata fuêre, ut etc."

bedarf keines Beweises. Ebenso unhaltbar war es aber auch, wenn Schweppe [133]), jedenfalls auch in Folge jener Gesetzstelle und im Hinblick auf die Rechtsregel: „unius inclusio est alterius exclusio", alles post funus ductum Aufgewandte vom funeris sumtus ausschloß, weil sich, wie wir später (§. 6. III. sub 1. a. E. und §. 7. Nr. 4. 5. 6.) lesen werden, gesetzlich begründen läßt, daß gar manche zu dieser Zeit gemachte Verwendungen in der That zu dem funeris sumtus gehören.

Weitere Aufzählungen von dem absolut nothwendigen funeris sumtus zu unterstellenden Aufwande enthalten die Quellen nicht; desto mehr aber

II. Relativ nothwendige Ausgaben, nämlich:

1) die Kosten für den Transport eines auswärts Verstorbenen, selbst dann, wenn er nach der, am Orte seiner Beisetzung erfolgten, Ankunft auch nicht gleich bestattet wird. Mit anderen Worten: es mag nun mit der Ueberbringung des Leichnams seine Bestattung gleich verbunden oder aus besonderen Gründen erst später vorgenommen werden. Dies und nichts Anderes sagen uns die Worte in D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 4:

„Impensa peregre mortui, quae facta
„est, ut corpus perferretur, funeris est,
„licet nondum humo funeretur" [134]).

---

[132]) Def. for. P. I. Cst. XXVIII. def. XLI. §. 1.

[133]) System des Concurs. der Gläubig. S. 127 oben.

[134]) S. auch Voet, Comment. l. c. §. 14. Gmelin, die Ord. der Gläubig. S. 82. Nr. 3. Dabelow, a. a. O., S. 189. Nr. III. Kori, a. a. O., S. 184. Nr. 3. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 3. Heimbach, in Weiske's Rechtslex. Bd. 1, S. 822.

Digitized by Google

Dies kann sich aus verschiedenen Gründen ereignen; z. B. weil es die Hinterbliebenen so wünschen, oder weil der Verlebte vor seinem Tode die Beisetzung seiner Leiche in einem gewissen, an einem anderen Orte bereits errichteten Begräbnisse ausdrücklich verordnet hatte. Daß ein solches Verfahren im Leben der Römer keine seltene Erscheinung war, sehen wir sehr deutlich aus D. XXXIV. 4. (De adim. vel transfer. legat. etc.) fr. 30. §. 2. und aus D. XXXV. 1. (De condit. et demonstrat. etc.) fr. 112. §. 2 [135]). Auch heutzutage gehört es noch nicht zu den ganz ungewöhnlichen Ereignissen. Aus der angeführten, gesetzlichen Bestimmung entspringt aber die nothwendige Folge, daß nun auch die Aufbewahrungskosten einer solchen Leiche bis zum Moment ihrer Abholung [136]), und in unseren Tagen auch die Funeralien der Kirche und Geistlichkeit u. s. w. am Sterbeorte [137]), nicht aber auch derjenigen, durch deren Parochien die Leiche geführt wird [138]), zum funeris sumtus gerechnet werden müssen.

2) Die Durchgangsabgabe während des Transports einer Leiche vom Sterbeorte nach dem Orte der Bestattung. Sie stützt sich auf die in D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37. pr. vorkommenden Worte:

„Funeris sumtus accipitur, quidquid —
„et si qua vectigalia sunt.“ —

Manche Ausgaben und Handschriften der Pandecten lesen zwar statt „vectigalia“ „vestiaria,“ allein der große, nament-

---

135) Cf. hierzu Rosini, l. c. L. V. fol. 448. Matern v. Cilano, a. a. O., Bd. 4, S. 1363 und auch Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 5. S. 5. Note 5.

136) Dabelow, a. a. O., S. 189. Nr. III., dessen Ausdrucksweise v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 3, wörtlich wiederholt.

137) v. Glück, a. a. O., S. 404, wo überhaupt die Frage: Was ist Rechtens, wenn ein Verstorbener anders wohin gebracht werden soll? erörtert wird (§. 769).

138) Derselbe, a. a. O., S. 409.

Digitized by Google

lich auch im philologischen Wissen so ausgezeichnete Cujas sagt uns unter Berufung auf die aus L. 59. der Basiliken entnommene Stelle: „καὶ τὸ τέλος, καὶ ἡ σορὸς, καὶ ἡ σολή“ ganz ausdrücklich, daß hier allerdings „vectigalia“ gelesen werden müsse [139]), was in der That auch zu den gleich darauf folgenden Worten: „vel sarcophagi, et vectura“ ungleich besser paßt als die Lesart „vestiaria.“ Daß aber dem Ausdrucke „vectigalia“ kein anderer Sinn als der angegebene unterzulegen ist, erfahren wir an einem anderen Orte abermals durch Cujas, wo er „vectigalia“ durch „id est, quae in itinere praestantur, dum corpus ex uno loco in alium perfertur“ erläutert [140]).

Ob unter „vectigalia“ ein wirklicher „Todtenzoll“, oder eine Abgabe zu verstehen sei, welche nicht von der Leiche selbst, sondern von dem zu ihrer Durchführung verwendeten Transportmittel zu entrichten gewesen [141]), ist eine Frage ohne allen praktischen Werth. Sie mag als Gegenstand einer ziemlich unfruchtbaren, philologisch-antiquarischen Forschung irgend wo anders ihre Erledigung finden. Für uns genügt es, wenn wir uns hier noch vergegenwärtigen, daß vectigal jedenfalls aus dem Worte: „vehere“ (fahren, transportiren, es sei auf Wagen, Lastthieren oder Schiffen) entstanden ist, und daß das hohe Alter dieses Wortes es wahrscheinlich macht, daß Abgaben von Gütern und Waaren, die von einem Orte zum anderen geschafft wurden, eine aus ältester Zeit stammende Art von Abgaben gewesen sind [142]). Es bezeichnet also „vectigalia“ eine Durch-

---

139) Cf. Jac. Cujacii Observ. L. V. Cp. XL.

140) Ibid. L. XI. Cp. XXI.

141) S. v. Glück, Commentar, Bd. 11, S. 445. Note 65.

142) Hegewisch, histor. Versuch über die römisch. Finanzen. Altona. Hammerich. 1804. S. 27. Die kupferne Münze, welche in Rom für jedes gestorbene Kind an den Tempel der Venus Libitina entrichtet werden mußte, war weniger eine Abgabe, als ein Mittel die Volkszahl zu controliren. Hegewisch, a. a. O., S. 54.

Digitized by Google

gangsabgabe der angegebenen Art, gleichviel durch welches der erwähnten Transportmittel die Leiche überführt worden ist [143]). Nach der cst. 15. Cod. III. 44. (De religios. etc.) „In nullo quopiam loco vectigal ab aliqua persona pro corporibus ex uno in alium locum translatis praestetur“, übrigens eine lex restituta [144]), also nicht glossirt, soll diese Abgabe jedoch später wieder aufgehoben worden sein.

3) Das Fuhrlohn, wenn die Leiche zur Grabstätte gefahren wird; d. h. die Vergütung für den Gebrauch, Bespannung und Leitung des Leichenwagens. Dies ergiebt sich ebenfalls aus D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37. pr.

„Funeris sumtus accipitur quidquid — — et vectura.“

Zwar bemerkt Cujas [145]) hierbei: „Graeci videntur legisse vestiaria, non vectura“, allein die Pandectenausgaben lesen meines Wissens übereinstimmend vectura [146]), und selbst die Glosse, die sonst mit der Angabe der abweichenden Lesearten so schnell bei der Hand ist, erwähnt die Leseart „vestiaria“ hier nicht. Daher muß es wol auch bei dem Worte „vectura“ sein Bewenden haben. Da vectura ebenfalls von vehere herzuleiten ist, so gilt natürlich auch hier rücksichtlich der Transportmittel das

143) S. übrigens auch: Voet, l. c. §. 14. Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 3. Dabelow, a. a. O., S. 189. Nr. III. a. E. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 3. a. E. Schweppe, Röm. Priv. R. Bd. 5. S. 5. lit. d. Heimbach, a. a. O., S. 822 oben.

144) Vergl. K. Witte, die Leges restit. des Justinian. Coder. Breslau. Korn, sen. 1830. S. 173. a. E. u. S. 174. Es ist vielleicht im Hinblick auf diese cst. geschehen, wenn einzelne, deutsche Particulargesetze bei Leichenfuhren innerhalb der Parochie Befreiungen vom Wege- und Brücken-Geld ausgesprochen haben. Vergl. z. B. die Schwarzb.-Rudolst. Verord. v. 22. April 1840, die Benutzung der Chausseen und Brücken ꝛc. betr. Nr. II. sub h.

145) Observ. L. XI. Cp. XXI. junct. L. V. Cp. XL.

146) Selbst ziemlich alte, z. B. die meinige: „Lugduni, ap. Hugonem, et Haeredes Aemonis á Porta.“ 1542. Fol.

Digitized by Google

sub 2. Er erwähnte. Noch ist zu gedenken, daß dieser Aufwand, wie Voet [147]) thut, nicht auf den kurz vorher sub 1 gedachten Fall: „in vecturam peregre mortui ad locum, ubi dein humandus est“ zu beschränken, sondern auch auf den Fall zu erstrecken ist, wenn Jemand in der Heimath, z. B. in einem isolirten, von anderen weit abgelegenen Hause, oder in einem, eines Friedhofs entbehrenden, Orte verstirbt, und nun seine Leiche, zum Zwecke ihrer Bestattung, auf den entfernten Friedhof desjenigen Ortes geschafft werden muß, wohin der Verstorbene eingepfarrt war.

In derselben Richtung ist übrigens auch die sub 2 erörterte Ausgabe „vectigalia“ auszudehnen [148]).

4) Den Aufwand für Wohlgerüche, nach D. XV. 3. (De in rem verso) fr. 7. §. 3.

„Illud plane verum est, quod Labeo scribit, si „odores et unguenta servus emerit, et ad fu„nus erogaverit, quod ad dominum suum „pertinebat, videri in rem domini versum“ [149]).

Unter „odores“ begriff man kostbare Specereien, insbesondere: Weihrauch, Myrrhen, Aloe, Kasia, Zimmet und ätherische Oele „fragrantioris odoris“ [150]). Die Consumtion solcher aromata bei Römischen Leichen überstieg bisweilen alle Grenzen. So sagt uns Plinius [151]), daß Nero bei'm Leichenbegäng-

---

147) Commentar ad Pand. l. c. §. 14.

148) Vergl. zu Nr. 3. überhaupt noch: Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 9. Dabelow, a. a. O., S. 189. III. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 3. Schweppe, Concurs S. 126 u. Röm. Privatr. Bd. 5. S. 5. lit. c. Heimbach, a. a. O., S. 822 oben.

149) Voet, l. c. §. 14.

150) Matern. v. Cilano, a. a. O., Bd. 4. S. 1348, 1359. Creuzer, Abriß der Röm. Antiq. §. 305. Adam, Handb. der Röm. Alterth. v. Meyer Bd. 2. S. 241. S. auch Evang. Joh. Cp. XIX. 39. 40. in Verbind. mit dem 2. B. der Chronik. Cp. XVI. 14.

151) Hist. nat. XII. 18.

Digitized by Google

nisse der Poppäa mehr Zimmet habe verbrennen lassen, als sämmtliche Zimmetländer in einem Jahre hervorzubringen vermöchten; daher die odorati ignes bei Ovid, Fast. I. 75. Indessen war der Verbrauch von dergleichen odores nicht allgemein, sondern er beschränkte sich als Gegenstand des bloßen Luxus nur auf die Leichen vornehmer und reicher Leute, wie sich aus einer Stelle des Propertius (L. II. Eleg. 13. v. 23. 24):

„Desit odoriferis ordo mihi lancibus; adsint
„Plebeji parvae funeris exsequiae".

mit unzweifelhafter Gewißheit ergiebt.

Gegenwärtig kömmt der Gebrauch von odores, unter der Form von Räuchermitteln, wol nur dann vor, wenn er bei bereits eingetretener Verwesung einer Leiche in Rücksicht auf die Gesundheit der sie umgebenden Personen geboten oder wenigstens räthlich erscheint, um den unvermeidlichen Aufenthalt in der Nähe der Leiche erträglich zu machen.

5) Den Aufwand für Salben nach D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37. pr:

„Funeris sumtus accipitur, quidquid cor-
„poris causa (sc. antequam sepeliatur), veluti
„unguentorum, erogatum est": in Verbindung mit der unter Nr. 4. angeführten Pandectenstelle [152].

Das Einreiben der Leichen mit wolriechenden Salben, über deren Bereitung Pomponius [153] mittheilt: „coctis odoribus unguenta facimus", war nach Ausweis der in der X. Tafel des Zwölftafelgesetzes vorkommenden Worte: „Servilis unctura — auferitor" (Servorum cadavera ne unguntor), eine sehr frühe, übrigens auch bei den Aegyptern, Hebräern und Griechen [154] herrschende und ebenfalls nur auf die Leichen

---

[152] Cf. Voet, l. c. §. 14. Heimbach, a. a. O., S. 822. oben.

[153] D. XLI. r. (De adquir. rer. dom.) fr. 27. §. 1.

[154] S. 1. B. Mos. Cap. L. 5. Evang. Luc. XXIII. 56. Eschenburg, Handb. der klass. Liter. Ausg. v. Lütcke. S. 420. Nr. 26.

Digitized by Google

der vornehmeren und reicheren Römer zu beschränkende [155]) Sitte. Auch hierin wurde nicht selten ein ganz außerordentlicher Luxus getrieben: „Unguento optimo unxerunt proclive jam ad foetorem corpus“ [156]).

In unserer Zeit ist nun zwar das Salben der Leichen, als Gegenstand der reinen Mode und des bloßen Luxus, nicht mehr üblich, wol aber in gewissen Ausnahmefällen das Einbalsamiren der Leichen, um sie, wenigstens auf eine gewisse Zeit, vor der Verwesung zu bewahren, wozu dann natürlich ebenfalls Salben mit zu verwenden sind [157]).

6) Die Kosten für Bewachung der Leiche, nach ausdrücklicher Vorschrift in D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 4.

„Idemque et si quid ad corpus custodien-
„dum — factum sit“

und Argumentation aus fr. 37. pr. eod. [158]).

Die Römer pflegten nämlich ihre Leichen gewöhnlich am achten Tage [159]) nach dem Eintritte des Todes zu beerdigen; daher wol auch der den hinterbliebenen Angehörigen gesetzlich garantirte, neuntägige Friede [160]). Dies galt jedoch bloß vom funus indictivum, denn bei'm funus tacitum wurde eine kürzere Aufbewah-

---

155) Matern. v. Cilano, a. a. O., S. 1348. u. Note 74. Creuzer, a. a. O., §. 291. a. E.

156) Lucianus de luctu, C. 11, 12. Die Salben die man im Leben kosmetisch anwandte (D. XXXIV. 2) (De auro etc.) fr. 21. §. 1. wird man ja wol, theilweise wenigstens, auch im Tode gebraucht haben.

157) Dabelow, Concurs. S. 189. Note x). v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 1. u. Note 64. Schweppe, Röm. Priv.-R. Bd. 5. S. 5. lit. a.

158) S. hierzu: Voet, l. c. §. 14. Gmelin, die Ordn. d. Gläub. S. 82. Nr. 7. Dabelow, a. a. O., S. 189. Nr. I. Wittich, Civilr. Bd. 2. S. 146. Note *. Kori, Concursproc. S. 184. Nr. 1. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 1. Schweppe, a. a. O., Bd. 5. S. 5. lit. a. Heimbach, a. a. O., S. 822. oben.

159) Servius ad Virgil. Aen. V. 64. VI. 218.

160) S. §. 2. und Note 19.

Digitized by Google

rungszeit eingehalten [161]). Während derselben wurde zur Bewachung des Todten ein Hüter bestellt [162]), durch dessen Herbeiziehung der hier gedachte Aufwand eben erwuchs. Man trieb in dieser Beziehung die Rücksichtnahme auf den Leichnam bisweilen soweit, daß während der Aufbewahrungszeit einer Leiche an heißen Sommertagen, sogar besondere Fliegenverscheucher bei derselben angestellt wurden, wozu man vorzugsweise schöne Knaben erwählte [163]).

Die, diese Art von sumtus hervorrufende und bekanntlich auch jetzt noch vorkommende Bewachung einer Leiche kann übrigens auf sehr verschiedenen Gründen beruhen. Entweder auf bloßer Anhänglichkeit an die entschlafene Person, bei einer, trotz des völlig zweifellosen Todes dennoch vorhandenen, bestimmter Gründe sich nicht bewußten, Besorgniß, daß der Leiche während ihrer Aufbewahrungszeit über der Erde etwas Unangenehmes passiren könne. Dieser Fall kömmt allerdings nicht selten vor. Ferner bei vorhandener Befürchtung: es möchte die Leiche bestohlen, gestohlen, oder an ihr eine nothwendig zu vermeidende Veränderung vorgenommen werden, z. B. bei dem Leichnam eines gerichtlich Aufgehobenen, oder endlich auch bei wirklicher Zweifelhaftigkeit des Todes, wo dann aber auch die Bewachung unerläßlich ist. Ob dieselbe im Sterbehause, im Leichenhause, oder sonst wo anders erfolgt, ist selbstverständlich gleichgültig.

7) Die Kosten für die zeitweilige Beisetzung einer Leiche [164]). Darüber Folgendes:

Das soeben unter Nr. 6. erwähnte fr. 14. §. 4 enthält ferner die hierher gehörige Bestimmung:

---

161) Cicero, Cluent. 9. Sueton, Otho. Cp. XI. Tacit. Ann. XIV. 9.

162) Servius ad Virg. Aen. XI. 30.

163) Dio Cassius im Ausz. des Joh. Xiphilin. LXXIV. 4.

164) Voet, l. c. §. 14.

Digitized by Google

„Idemque (sc. impensa funeris est) et si quid ad „corpus — vel etiam commendandum factum „sit“ —,

welche selbst dem Jac. Cujas so räthselhaft war, daß er der Entzifferung des darin befindlichen Wortes commendare in seinen Observat. ein eigenes Capitel widmete [165]), und darin die von Glück [166]) als irrig bezeichnete Lesart: „commundandum“, von commundare = lavare, abluere, pollincere, in Vorschlag brachte. Am Ende dieses Capitels ging jedoch Cujas von dieser Ansicht selbst wieder ab, indem er erklärte: er habe von dem äußerst beleseneu „D. Guil. Pellicerio, Monspessuli Episcopo“ in Erfahrung gebracht, daß das Wort commendare an diesem Platze nichts Anderes bezeichne, als: „deponere (corpus), quoad justae (perpetuae) sepulturae tradatur“, womit auch Barn. Brisson [167]), Phil. Vicat [168]) und v. Glück [169]) völlig einverstanden sind, nur daß der Letztere diese erläuternden Worte des Cujas sehr ungenau durch: „die Leiche an einem Orte so lange aufbewahren, bis sie da abgeholt werden kann“ wiedergiebt. Wir haben es also im Fragefalle mit der in fr. 40. eod. in's Auge gefaßten, zeitweiligen („temporis gratia“) Beisetzung (depositio) einer Leiche zu thun, welche sich (nach Brisson) z. B. ereignen konnte „donec is locus, quem emeram, aedificaretur.“ Unter der Ausdrucksweise „vel etiam commendandum“ ist also, wie angegeben, nichts Anderes als der Aufwand für die interimistische, vorübergehende, zeitweilige Beisetzung einer Leiche zu verstehen, die zwar jetzt viel seltener sein mag, als unter den Römern,

---

165) Obs. L. II. Cp. XVII.

166) Commentar Bd. 11. S. 442. Note 59.

167) De V. S. Libr. XIX. Lugduni, Typ. Joann. Tornaesii. 1559. s. v. „Commendare.“

168) Vocabular. jur. utriusque. T. I. s. v. „Commendare.“

169) Commentar. S. 441. Note 59. Die Glosse rührt sich nicht.

Digitized by Google

aber doch eben so gut noch vorkommen kann, z. B. wenn der Errichter eines noch im Baue begriffenen Erbbegräbnisses vor seiner Vollendung so zeitig stirbt, daß er bis zur darin möglichen Beisetzung über der Erde nicht aufbewahrt werden kann.

8) Wenn oben unter Nr I. 5. entwickelt wurde, daß unter dem am Schlusse des fr. 37. pr. D. XI. 7. aufgestellten, allgemeinen Satz:

„et quidquid corporis causa, antequam „sepeliatur, consumptum est, funeris im„pensam esse existimo“

auch gewisse, dem unerläßlichen funeris sumtus beizurechnende Ausgaben enthalten seien; so bleibt nun noch zu erörtern übrig, welche relativ nothwendige Verwendungen außer den bereits angeführten, im Gesetze ausdrücklich genannten, unter jener generellen Vorschrift noch begriffen sein können. Nach meinem Dafürhalten sind dies nur folgende:

a) die Kosten eines würdigen, äußeren Aufputzes der Leiche, damit der Abgeschiedene auch im Tode ein Achtung gebietendes Aussehen behaupte [170]), was besonders dann erforderlich ist, wenn der Leichnam einer letzten, allgemeinen, oder auch nur auf gewisse Personen beschränkten, Beschauung ausgestellt wird. Hierher dürfte namentlich zu rechnen sein:

aa) das Flechten und Ordnen der Haare bei Todten weiblichen Geschlechts, ein Geschäft, aus welchem in manchen Orten gewisse Frauenspersonen ein förmliches Gewerbe machen;

bb) die Bartabnahme bei verstorbenen Mannspersonen;

---

170) S. Dabelow, Concurs S. 189. Nr. I. Kori, Concursproc. S. 184. Nr. I. Nur darf man diese Art von Aufwand nicht aus fr. 14. §. 4. eod. herleiten wollen, wie es Kori thut. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 1.

Digitized by Google

cc) die uralte, schon den Römern [171]) eigene, wol allgemeine, freundliche Sitte, die Leiche im Sarge mit Blumen und Blumengewinden sinnig zu schmücken.

b) Die Kosten der vorschriftsmäßigen Aufstellung der Leiche im Leichenhause oder, wo kein solches vorhanden ist, die Kosten der dann mindestens dringend gebotenen, leider aber auch noch an so vielen Orten ganz außer Augen gesetzten, Leichenschau, um über das wirkliche Vorhandensein der untrüglichen Todeszeichen vollste, beruhigende Gewißheit zu erhalten.

Wenn übrigens die Aufstellung einer Leiche im Leichenhause erfolgt, so hat die Ueberführung derselben in das Leichenhaus jedesmal in der Stille zu geschehen, weil nicht sie, sondern die Bestattung der Leiche zur Erde als die eigentliche Begräbnißfeierlichkeit zu betrachten ist, doppelte Begräbnißfeierlichkeiten aber aus nahe liegenden Gründen zu vermeiden und auch schon dem Römischen Rechte entgegen sind (cf. §. 3. am Schlusse).

c) Die Kostenfür die Section einer Leiche, oder für die Durchstechung edler, das Leben bedingender, Körpertheile derselben, wenn der Verblichene, namentlich aus Furcht, lebendig begraben zu werden, im Leben es so verordnet hatte, (was nach den von mir gemachten Erfahrungen gar nicht selten zu geschehen pflegt); denn der, nichts Ungehöriges enthaltende, Wille des defunctus, besonders rücksichtlich seiner Bestattung, ist stets pünktlichst zu erfüllen [172]).

9) Der Vollständigkeit halber sind ferner hier zu erwähnen: Die obsoleten Kosten für das bei verbrannten

[171]) Lucian de luctu. C. 11, 12. Creuzer, Abriß der Röm. Antiq. §. 291. S. 362.

[172]) D. De leg. I. fr. 113. §. 5. junct. D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 2. §. 6. i. f. S. auch Decr. Gr. P. II. Caus. XIII. Qu. II. Can. IV.

Digitized by Google

Leichen gebräuchlich gewesene Sammeln ihrer zu Asche verbrannten Ueberreste — insofern es nicht durch die nächsten Anverwandten oder Freunde des Verstorbenen als Liebesdienst besorgt wurde — mittelst der furca sepuleralis (ossilegium), und für die alsdannige Beisetzung dieser Ueberreste in eine Urne [173]), Verrichtungen, die selbst bei mit dem Feuertode bestraften Verbrechern nicht ausgeschlossen waren [174]).

10) Der zum Schutze einer Grabstätte erforderliche Aufwand.

Diese Behauptung findet ihre Begründung in D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37. §. 1., wo ausdrücklich verordnet ist, daß dasjenige, was zum Schutze einer Grabstätte „— id est causa muniendi ejus loci factum „sit, in quo corpus impositum sit“ — verausgabt wird, allerdings als funeris impensa zu betrachten sei [175]). Diese Bestimmung bezieht sich auf die Römische Gewohnheit, die Grabstätten mit einer Umfriedigung — maceria [176]), ferrea sepe [177]) zu umgeben. Daraus folgt unwiderleglich, daß v. Glück's Ansicht [178]): es müsse hier statt **mo**numentum, **mu**numentum gelesen werden, die richtige ist; denn **mo**numentum ist dasjenige, „quod memoriae servandae gratia existat“ [179]) — „generaliter

---

173) Hauptstelle bei Tibull. III. Eleg. 2. v. 9—26. Nitsch, Beschreib. des häusl. ꝛc. Zustandes der Römer. Bd. 1. S. 296—297. Adam, Handb. der Röm. Alterth. v. Meyer. Bd. 2. S. 243—244.

174) D. XLVIII. 24. (De cadav. punitor.) fr. 1. i. f.

175) S. auch: Voet, Comment. l. c. §. 14. v. Glück, a. a. O. Bd. 11. S. 445. Nr. 2. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 1. S. 822 oben.

176) Sueton, Nero. Cp. XXIII. L.

177) Strabo, V. p. 236.

178) Commentar. Bd. 11. S. 444. Note 63.

179) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 2. §. 6.

Digitized by Google

res est memoriae causa in posterum prodita“ [180]), also etwas ganz Anderes, als Dasjenige, was der Gesetzgeber bei den Worten: „causa muniendi“ im Sinne gehabt hat.

Die heutige Anwendbarkeit auch dieser, ganz beziehungslos erlassenen Vorschrift ist nicht zu bezweifeln, wenn sie auch in erster Linie jedenfalls der Religiosität des locus ihre Entstehung verdankt, eine Eigenschaft, deren unsere jetzigen Grabstätten wenigstens durch den bloßen Act der Bestattung nicht mehr theilhaftig werden.

Hier dürfte endlich auch die schicklichste Gelegenheit zur Erörterung der Frage sein:

Ob die Kosten für Errichtung eines Denkmals in dem ebengedachten Sinne zu dem funeris sumtus gehören?

weil dies bei einer einseitigen Auffassung der zu Grunde liegenden Quellen, die allerdings, bisweilen sehr unerwartet, bethätigt worden ist, mindestens zweifelhaft erscheinen kann, ferner schon die Römischen Juristen Sabinus und Marcellus darüber ganz verschiedene Ansichten hegten, und auch die Meinungen der neueren und neuesten Rechtsgelehrten deshalb weit auseinander gehen [181]).

---

[180]) fr. 42. eod. So braucht auch Cicero pro Sext. C. 67. diesen Ausdruck, und Festus: „Monumentum est, quod mortui causa aedificatum, et quicquid ob memoriam alicujus factum est, ut fana, porticus scripta et carmina.“

[181]) Unbedingt bejaht wird die Frage von Wittich, Civilr. B. 2. S. 146. Note *, doch braucht er, jedenfalls nur aus Ungenauigkeit, den etwas ganz Anderes bezeichnenden Ausdruck: „Grabstein;“ bedingt bejaht von Mühlenbruch, Pandectenr. Bd. 2. §. 438, insofern es eine species modica monumenti sei; von Gmelin, Ordn. der Gläubig. S. 81. Nr. 2. von Samhaber, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 13. S. 426. lit. b., sofern die Unterlassung der Errichtung eines Denkmals dem Verlebten zur Schande gereichen würde; von Kori, Concursproc. S. 184. Nr. 5. und Note 43, wenn es standesmäßig und nicht zur Schmach (des Schuldners) errichtet worden sei. Verneint von: v. Glück, a. a. O., S. 446. Schweppe, Concurs. S. 126. Heimbach, a. a. O., und Sintenis, Civilrecht Bd. 2. S. 785.

Digitized by Google

Nach Römischem Rechte war es gestattet, die Grabstätten mit Monumenten oder mit monumentalen Ornamenten, als: Säulenhallen, Bildsäulen u. dergl. zu schmücken [182]), und es konnte Jeder, dem die Mittel dazu gegeben waren, die Errichtung derartiger Werke letztwillig anordnen [183]). Geschah dies, so mußte einer solchen Vorschrift, besonders auch in Hinblick darauf „quia religionis interest, monumenta exstrui et ornari“ [184]) — insoweit sie sich innerhalb der Grenzen eines bescheidenen Maßes bewegte, außerdem aber wenigstens bis zu dem Punkte hin, wo die Ueberschreitung dieser Grenze begann [185]) — stets auch genau entsprochen werden [186]), allein es wurde dann der zur Errichtung solcher Bauwerke angewiesene und erforderliche Aufwand als ein bloßes Legat betrachtet, ebendeshalb dem Falcidischen Abzuge unterworfen und somit vom Begriffe der privilegirten funeris sumtus ausgeschlossen, weil man die Errichtung solcher Werke, in Uebereinstimmung mit der Ansicht der bedeutendsten Römischen Rechtsgelehrten im Allgemeinen nicht für nöthig hielt [187]). Daher auch der fernere Grundsatz: „stricto jure „nulla teneantur actione heredes ad monumentum facien-

---

182) Cod. III. 44. (De religios. etc.) cst. 7. junct. D. fr. 37. §. 1. eod. und D. XI. 8. (De mortuo infer.) fr. 1. §. 7.

183) D. V. 3. (De hered. pet.) fr. 50. §. 1. D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37. §. 1. D. XXXV. 1. (De condit. et demonstr.) fr. 27. D. XXXV. 2. (Ad leg. Falcid.) fr. 1. §. 19. Cod. III. 44. (De religios. etc.) cst. 5.

184) D. XI. 8. (De mortuo infer.) fr. 1. §. 6.

185) D. V. 3. (De hered. pet.) fr. 50. §. 1. D. XXXV. 2. (Ad leg. Falcid.) fr. 2.

186) D. V. 3. (De hered. pet.) fr. 50. §. 1. ab init. et i. f. D. XXXV. 1. (De condit. et demonstr.) fr. 27. i. f. Cod. l. c. cst. 5. Decr. Gr. P. II. Caus. XIII. Qu. II. Can. IV.

187) D. XXXV. 2. (Ad leg. Falcid.) fr. 1. §. 19. (Daß auch Paulus, dessen Lib. singul. ad leg. Falcid. diese Stelle entnommen ist, die Ansicht des Marcellus billigte, ergiebt sich wol aus dem mit „id circo“ anfangenden Schlußsatze dieses §. 19). D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37. §. 1.

Digitized by Google

dum“ [188]). Die Quinteſſenz der Römiſchen Auffaſſung im Betreff des vorliegenden Gegenſtandes war alſo kurz folgende:

Die Errichtung von Monumenten oder monumentalen Verzierungen der Grabſtätten iſt zwar religionis causa möglichſt zu begünſtigen, ſie muß auch in Fällen der angegebenen Art, wie bemerkt, ſtets erfolgen, allein im Allgemeinen erſcheint ſie nicht als etwas Nothwendiges; in ihrer Unterlaſſung iſt eine Verunehrung (contumelia) des Todten keineswegs zu erblicken, und die dafür aufgewendeten Koſten ſind unter allen Umſtänden nicht als sumtus funeris causa anzuſprechen.

Lediglich nach dieſen Geſichtspunkten iſt ohne Zweifel auch jetzt noch die ſ. g. Denkmalfrage zu entſcheiden. —

Weitere präceptive Vorſchriften über den Umfang des Begriffs funeris sumtus habe ich im Juſtinianiſchen Rechte, bei aller angewandten Mühe dergleichen aufzufinden, nicht entdecken können. Indeſſen iſt daſſelbe unſerem Zwecke wenigſtens inſofern noch förderlich, als es durch Aufſtellung mehrerer Prohibitiv-Beſtimmungen noch einige Anhaltepunkte an die Hand giebt, die wir jetzt ebenfalls noch ausbeuten müſſen. Es findet ſich nämlich in D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 14. §. 5. noch verordnet:

1) „Non autem oportet ornamenta cum corpo„ribus condi.“ Es dürfen alſo keine Schmuckſachen mit der Leiche beſtattet werden [189]). Die Gloſſe erläutert „ornamenta“ ſehr mangelhaft durch: annulos vel vestes.“ Was es in dem hier gebrauchten Sinne ſei [190]), können wir viel beſſer aus D. XXXIV. 2. (De auro etc.) fr. 25. §. 10 abnehmen, nämlich: „omnia, „quae ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis

[188]) D. V. 3. (De hered. pet.) fr. 50. §. 1. i. f.

[189]) Heimbach, a. a. O., S. 822. Note 9.

[190]) In Verbindung mit monumentum (cf. auch die in der Note 182 citirte cst. 7.) bedeutet ornamenta: „Verzierungen“, Ausſchmückungen.

Digitized by Google

„ornandi causa: quo ex numero etiam haec sunt, „aurum, gemmae, lapilli, quia aliam nullam in se uti„litatem habent“ [191]).

Daß kein Gold mit der Leiche begraben werden dürfe als höchstens das, was zur Befestigung von Zähnen gedient hatte, war bekanntlich schon in der X. Tafel des Zwölftafelgesetzes verordnet worden („Neve aurum adito etc.“), und daß es überhaupt auch Sitte war, den Verstorbenen, ja sogar den eben Verscheidenden, wenn sie dies nicht schon von selbst thaten, ihre sämmtlichen Ringe abzuziehen, wissen wir durch Sueton. Tiberius. Cap. LXXIII. und Plinius, Histor. nat. XXXI. 1. Doch scheinen nach Propertius IV. 7. 9., zur Zeit, wo man die Todten noch verbrannte, ihre Ringe bei der Hinaufbringung auf den Scheiterhaufen, ihnen wieder angelegt worden zu sein.

Ferner heißt es in dem im Texte kaum gedachten fr. 14. §. 5. weiter:

2) „Nec quid aliud hujusmodi (oportet condi), „quod homines simpliciores faciunt“, d. h, unsinnige Mitgaben in das Grab, wie sie bei verstandesschwachen Personen eben vorkommen. Die Glosse erklärt das Wort „hujusmodi“ durch „ut lectum“; allein ein bei Weitem besseres Licht wird durch Vergleichung von D. De leg. I. fr. 113. §. 5. und D. XXXIV. 2. (De auro) fr. ult. §. 2 über die hier angeführte Stelle verbreitet.

Endlich ist noch in D. XLVIII. 13. (Ad leg. Jul. Peculat. etc.) fr. 4. §. 6. verordnet:

3) „— at pecunia sepeliri non potest, ut et man„datis principalibus cavetur,“ vielleicht eine Folge, der

---

191) Daher waren Siegelringe (signatorii annuli), aber nur diese, ausgeschlossen. Cf. D. XXXIV. 2. (De auro etc.) fr. 25. §. 10. und D. L. 16. (De V. S.) fr. 74. Ueber diesen Begriff von ornamenta vergl. überhaupt: D. XXXIV. 2. (De auro etc.) fr. 25. §. 10. 11. 12. fr. 26. 37. u. 40 §. 2.

Digitized by Google

zu weit ausgedehnten, in Griechenland wie in Rom einst verbreitet gewesenen Sitte, den Abgeschiedenen zur Abfertigung des unterweltlichen Fährmanns mit Gelde (δακάνη, πορθμίον) zu versehen [192]). „Abiisse ad Acherontem sine viatico“ galt als etwas sehr Schlimmes, denn man glaubte dann abermals, daß die Verstorbenen ohne diese Mittel den erforderlichen Wohn- und Ruhe-Platz in der Unterwelt nicht erlangen würden.

§. 6.

Erweiterung des Umfangs des funeris sumtus durch die Doctrin und die Praxis, unter gleichzeitiger Prüfung der Haltbarkeit der hierbei aufgestellten Ansichten.

Daß die im vorigen §. entwickelten, gesetzlichen Bestimmungen keine erschöpfende Darstellung des bei Römischen Leichenbegängnissen üblichen und gesetzlichen Aufwandes enthalten, ist sehr klar. Nach der ganzen Fassung der betreffenden Quellen sollten sie eine solche Darstellung aber auch gar nicht enthalten. Dasselbe Gefühl dieser Nichterschöpflichkeit tritt natürlich auch hervor, wenn wir jene Quellen mit dem gegenwärtigen, einem in so vielen Beziehungen ganz anders gearteten Leben angehörenden, Bestattungsmodus in Verbindung bringen. Da mußte freilich nachgeholfen werden. Man fing daher schon sehr früh an, die in den Römischen Quellen für den Umfang der funeris impensa vorgezeichneten Grenzen in einer, dem Bedürfnisse der Gegenwart entsprechenden Weise zu erweitern, verlor aber die maßgebenden Römisch-rechtlichen Vorschriften und den sie durchdringenden Geist dabei so sehr aus den Augen, daß man nicht selten in das Gebiet des völlig Ungerechtfertigten hinüberstreifte.

Diese, unter dem Drängen der Praxis von der Doctrin vorgenommenen, Erweiterungen lassen sich in drei Classen zer-

192) Juvenal. Sat. III. 267.

Digitized by Google

fällen, je nachdem der Kostenaufwand vor, während und nach einem Leichenbegängnisse in Frage kömmt. Nach diesen Richtungen hin wollen wir ihn denn auch jetzt heranziehen und beleuchten.

I. Erweiterungen bezüglich des Aufwandes vor einem Leichenbegängnisse.

Hieher zählt man:

1) Die Kosten für die Trauerkleider der Hinterbliebenen. Aber die Ansichten der Rechtsgelehrten sind hierin höchst abweichend, theilweise sogar ganz unbestimmt, und entweder gar nicht oder nicht genügend begründet [193]).

---

193) Brunnemann, de proc. conc. Cp. V. §. XIV. erklärt sich für „vestes lugubres moderatae." Voet, Comment. l. c. §. 14. (oben) „pro veste lugubri", und Hofmann, teutsche Reichspraxis Bd. 2. §. 1270. für „Trauerkleider", aber Keiner sagt für wen und weshalb. — Carpzov, Def. for. P. I. Cst. XXVIII. Def. XLI. §. 6., Brunnemann, l. c. in f., Chemnitius, de jure praelat. creditor. §. 48. und Voet, l. c. §. 14, in med. für die Trauerkleider der Wittwe des defunctus, wobei sich Carpzov ohne alle Berechtigung auf D. L. 16. (De V. S.) fr. 43., wo das Wort „victus" erläutert wird, und auf Art. XXIV. des Sächs. Weichbildes, wo „de cibariis domesticis" die Rede ist, beruft. Chemnitius und nach ihm Brunnemann behaupten aber: es sei dies so Observanz „in hisce terris" (d. h. im ehemaligen Kurfürstenth. Brandenburg). — Ludovici, Einleit. zum Concursproceß Cp. X. §. XIII. Leyser, Med. Vol. VII. Spec. 484. und Samhaber in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 13. S. 427. lit. f., sind für Trauerkleider der Wittwe und Kinder des defunctus. Leyser nach der „praxis indubia", obgleich fr. 37. pr. D. XI. 7. allerdings sie auszuschließen scheine. — Claproth, summar. Processe, §. 392., folgert aus fr. 14. §. 4. eod. Trauerkleider für die Angehörigen, weil — der defunctus Sterbekleider bekömmt. — Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 1. S. 822. a. E. endlich meint: der bisherige Gerichtsgebrauch habe sich für Trauerkleider auch der Verwandten des Verstorbenen entschieden. — Gegen die Trauerkleider der Wittwe und Kinder des defunct. ist: Gmelin, in Ordn. der Gläubiger, Cp. 2. S. 83. Nr. 1; gegen die Trauerkleider überhaupt und insbesondere der ebengenannten Personen ist Schweppe, Concursproc.

Digitized by Google

Ich glaube mich gegen diese Ausdehnung der funeris impensa im Allgemeinen schon deshalb erklären zu müssen, weil sie mit dem Hauptgrundsatze des Römischen Rechts im offenbarsten Widerspruche steht, wonach immer nur dasjenige als funeris sumtus betrachtet werden soll, was in der That auch funeris causa aufgewendet worden ist, sonst Nichts weiter. Dazu gehören aber ganz entschieden die Kosten für die Trauerkleider in der bisherigen Auffassung dieses Sachverhältnisses nicht. Sollte sich hiergegen — was ich jedoch noch sehr zu bezweifeln Grund habe — wirklich auch ein, das Gegentheil verlangender, allgemeiner (?) Gerichtsgebrauch gebildet haben, so muß er eben als gesetzlich ganz unbegründet, zum Besten der darunter Leidenden, in sein Nichts zurückgedrängt werden, um den in den meisten Fällen ohnehin so empfindlichen Bestattungsaufwand nicht noch unerschwinglicher zu machen. Auch möchte ich doch mindestens wenigstens wissen, nach welchen Grundsätzen und bis zu welchen Grenzen hin den Verwandten eines Verstorbenen die Trauerkleider verabreicht werden sollen. Wie weit man hierin zu gehen geneigt ist, sahen wir aus der nächsten Veranlassung zu dieser Abhandlung im §. 1. Es war dies gerade die hier ventilirte Kleiderfrage.

Eine Frage ganz anderer Art ist dagegen die: ob nicht wenigstens die nothwendigsten Trauerkleider für die Bedienung eines defunctus unter die funeris sumtus zu stellen sind?

S. 126. a. E. und S. 127 oben, und gegen die Trauerkleider der Verwandten des Verblichenen sind: Dabelow, Concurs. S. 189. a. E. und S. 596 in med. Kori, Concursprdc. S. 184. a. E. v. Glück, Comment. Bd. 11. S. 446., in Bezug auf das Röm. Recht. (S. aber auch S. 448., wo er behauptet, daß der bisherige Gerichtsgebrauch für das Gegentheil spreche); endlich Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 5. S. 6. oben, welcher dagegen ausdrücklich bemerkt, daß es zu dieser Praxis im Röm. Recht ganz an einem Grunde fehle.

Digitized by Google

Dafür entscheide ich mich in vollster Ueberzeugung, aber nicht etwa deshalb, weil es die wächserne Praxis so will, oder weil es so billig ist, oder weil sich endlich die Mehrzahl der Rechtsgelehrten ebenfalls dafür ausgesprochen hat [194]), sondern aus einem rein gesetzlichen Grunde; nämlich deshalb, weil es dem Gefühle widerstrebt und eine höchst unangenehm berührende Geringschätzung, ja sogar Mißachtung des Verstorbenen darin erblickt werden muß, wenn, während die Angehörigen in tiefer Trauer einhergehen, die Bedienung, vielleicht sogar in auffallend bunten Kleidern umherläuft, das Römische Recht aber, wie wir bereits erfahren haben, Alles streng vermieden wissen will, was einer contumelia des Verlebten auch nur entfernt ähnlich sieht.

Aus dem Dienstvertrage läßt sich aber die Verpflichtung der Dienstboten, auf eigene Kosten zu trauern, ganz gewiß nicht deduciren, und wo sie aus Anhänglichkeit an den verstorbenen Gebieter aus eigenen Mitteln gern trauern möchten, sind selbige oft nicht vorhanden. Endlich fällt aber noch in die Waagschaale, daß es in dieser Beziehung eine allgemeine, deutsche Sitte ist, die Bedienung eines Verstorbenen aus seinen Mitteln mit den nothdürftigsten Trauerkleidern zu versehen, wohin man bei weiblichen Dienstboten gewöhnlich Kleid, Schürze und Halstuch, bei männlichen Dienern aber, mindestens Halstuch und Weste zu rechnen pflegt.

2) den Lohn der sogenannten Leichenbitter (Leichenansager), d. h. derjenigen Personen, welche gebraucht werden, um die Todesfälle und Begräbnißzeiten im Kreise der Verwandten, Freunde, Bekannten, Berufsgenossen an-

---

[194]) Chemnitius, l. c. §. 47. Voet, l. c. §. 14. ad f. Ludovici, a. a. O., Cap. X. §. XIII. Leyser, l. c. Sp. 484. v. Glück, a. a. O., S. 448. Samhaber, a. a. O., S. 427. lit. f. (nach Ortsgewohnheit) und Heimbach, a. a. O., S. 822. a. E. Dagegen: Gmelin, a. a. O., S. 83. Nr. 1 und Kori, a. a. O., S. 184. a. E., aber Beide ohne Angabe von Gründen.

Digitized by Google

zumelden[195]); schon gerechtfertigt durch die in D. XI. 7. fundirte allgemeine, positive Verpflichtung, Alles zu thun, was zur Wahrung eines ehrenhaften Leichenbegängnisses (honor sepulturae) erforderlich ist.

3) Den Aufwand für die Zubehörung des Sarges[196]). Dahin gehört der Ausschlag des Sarges und die erforderliche Anzahl (vier) von Handhaben unter Festhaltung des §. 5. I. sub 4. a. E. Gesagten. Alles entbehrliche Gepränge, als: kostbare Staffelleien, arabeskenartige Metallbeschläge, bleiben also auch hier ausgeschlossen. Unter Umständen kann noch hierher gehören: das Auspichen des Sarges. Das Einlegen von Betten ist, weil unnütz, unstatthaft. Wir wissen aus §. 5. Nr. 2. a. E., daß schon die Glosse dies anerkannte.

Diese Art von Aufwand folgt aus fr. 14. §. 4. fr. 37. pr. D. XI. 7.

4) Die Kosten für den Trauerausschlag im s. g. Paradezimmer[197]). Indessen erkannte selbst schon der in solchen Beziehungen gern nachgiebige Leyser (a. a. O.) mit vollstem Rechte an, daß sie als etwas, nur zum Ueberflusse Dienendes als funeris impensa nicht passiren dürften.

5) Den Aufwand an Backwerk und Getränken für die kurz vor Abgang einer Leiche aus dem Sterbehause daselbst sich einfindenden Personen[198]), gleichgültig ob bloße Leichenbegleiter oder zur Dienstleistung bei Fortschaffung des Leichnams be-

---

195) Gmelin, a. a. O., S. 82. Kori, a. a. O., S. 184. Nr. 4.

196) Dabelow, Concurs. S. 189. Nr. II. Kori, a. a. O., S. 184. Nr. 2. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 2. Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 5. S. 5. lit. b.

197) Voet, l. c. „suspensa quoque luctus vela."

198) Voet, l. c. „vini pretium, quo exequias euntes honorantur."

Digitized by Google

stellte Personen; eine unnöthige, quellenwidrige, dem Ernste der Sache Eintrag thuende, und deshalb zu verbannende Verwendung.

II. Erweiterungen bezüglich des Aufwandes während eines Leichenbegängnisses. In dieser Beziehung fügte man bei:

1) die Belohnung der Träger, wenn die Leiche zu Grabe getragen wird [199]), und also auch die der erforderlichen Stützenträger, die eintreten, wenn jene ruhen müssen. Ausdrücklich begründet durch fr. 14. §. 3. und durch Arg. aus fr. 37. pr. („vectura“) D. XI. 7;

2) sogar die Ausgaben für Citronen [200]), Handschuhe [201]) und seidenen Trauerflöre [202]) „lugubres fasciae sericae“ von schwarzem Krepp, welche nach einer ziemlich weit verbreiteten [203]) Sitte die Träger bei Leichenbegängnissen bekommen; ferner die Kosten für die seidenen Trauerflöre, welche man den im Leichenzuge befindlichen Angehörigen des Verstorbenen, den Pferdeführern, wenn die Leiche gefahren wird, und dem, den Zug etwa leitenden, Leichenmarschalle zu geben pflegt [204]), und end-

---

199) Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 5 u. Nr. 9. Dabelow, a. a. O., S. 189. Nr. III. Wittich, Civilr. Bd. 2. S. 146. Note *. Kori, a. a. O., S. 184. Nr. 3. (folgt aber weder aus fr. 3. pr. (?), noch aus fr. 14. §. 4. D XI. 7. wie Kori meint.) v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 3. Schweppe, Concurs. S. 126. a. E.

200) v. Glück, a. a. O., S. 448. Heimbach, a. a. O., S. 822. a. E.

201) Voet, l. c. §. 14., „pro chirothecis“, v. Glück, a. a. O., S. 448. Heimbach, a. a. O., S. 822. a. E.

202) v. Glück u. Heimbach, a. a. O.

203) Dies ergiebt sich schon daraus, daß bezüglich Voet (in Leyden) v. Glück (in Erlangen) und Heimbach (in Leipzig) diese Sitte erwähnen.

204) Carpzov, Def. For. P. I. Cst. XXVIII. Def. XLI. §. 2. Chemnitius, l. c. §. 47. Gmelin, a. a. O., S. 83. Nr. 1. und zwar entweder in der Form von Binden oder in von den Hüten schleierartig herabwehenden Stücken.

Digitized by Google

lich die Kosten für den schwarzen Behang der, die Leiche oder den mit folgenden Wagen der Hinterbliebenen ziehenden Pferde und dieses Wagens selbst [205]), lauter ebenso unnütze als überflüssige Reichnisse, welche in den Quellen keinen Halt haben und deshalb aus dem Umfangsgebiete der funeris sumtus zu verweisen sind [206]);

3) die Vergütung für die Begleitung der Leiche durch den oder die Ortsgeistlichen [207]), für den Gesang der derselben folgenden Schule während des Leichenbegängnisses und dem etwaigen Trauergottesdienste [208]), für die Trauermusik während des Leichenbegängnisses, am Grabe oder in der Kirche [209]), für das Vortragen des Kreuzes [210]), für das Trauergeläute [211]) und für die Leichenrede, Leichenpredigt [212]) und bezüglich Messelesen [213]).

Dies Alles sind liturgische Feierlichkeiten, welche, weil sie, und wol ohne Ausnahme, nach uralter, feststehender Gewohn-

---

205) Voet, l. c. §. 14. „et quae carpento pensili obducuntur pulla" jedoch mit dem Zusatze: „si isto vehiculi genere conjuges stante matrimonio uti soliti."

206) Leyser, Med. Vol. VII. Spec. 484.

207) Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 8. v. Glück, a. a. O., S. 410. Samhaber, a. a. O., S. 427. lit. d.

208) Gmelin, v. Glück u. Samhaber, a. a. a. O.

209) Gmelin, v. Glück u. Samhaber, a. a. a. O.

210) Voet, l. c. §. 14. „quod pro insignibus aut faciendis aut praeferendis expenditur." v. Glück, a. a. O., S. 410.

211) Voet, l. c. §. 14. Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 9. Kori Concursproc. S. 184. Nr. 4. v. Glück, a. a. O., S. 410, 448. Heimbach, a. a. O., S. 822. a. E.

212) Ludovici, Einl. zum Concurspr. Cp. X. §. XIII. Hofmann, teutsche Reichspraxis Bd. 2. §. 1270. Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 6. v. Glück, a. a. O., S. 410. a. E.

213) Samhaber, a. a. O., lit. d.

Digitized by Google

heit als nothwendige Bestandtheile jedes, ohnehin die Regel bildenden [214]), feierlichen, christlichen Begräbnisses betrachtet werden [215]), auch schon aus politisch-religiösen Gründen nicht zu verdrängen, sondern nach Stand und Vermögen zuzulassen sind und deshalb auch in der Wissenschaft ohne Widerspruch gebilligt werden.

4) Den Aufwand für den Gebrauch des Leichentuchs [216]), welcher, obschon entbehrlich, so allgemein und tief eingewurzelt ist, daß man wol behaupten darf, regelmäßig findet kein christliches Begräbniß ohne seine Verwendung statt. Wo es einmal heimisch ist, herrscht auch meistens eine so strenge, durch ihr Alter unwiderstehliche Nöthigung zu seiner Verwendung, daß man schwerlich davon loskömmt.

III. Erweiterungen bezüglich des Aufwandes nach einem Leichenbegängnisse.

Hier sind in Erwähnung zu bringen:

1) Die Bestreitung der Kosten des Trauermahls (Leichenschmauses, Leichenmahls). Eine viel bestrittene [217]) und

---

214) v. Grolman, Grundsätze des allgem. ꝛc. Kirchenrechts. Frankf. a. M. 1832. S. 282.

215) v. Glück, a. a. O., S. 410. v. Grolman, a. a. O., §. 244.

216) Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 9., derselbe führt hier auch noch den Lohn des Schreiners und Schlossers für Verfertigung der Bahre an, es ist mir jedoch nicht klar geworden, was er damit will, da ja alle zu Grabe getragenen Leichen durch die für solche Fälle im Voraus in Bereitschaft gehaltenen, öffentlichen Bahren dahin befördert werden.

217) Unbedingt bejaht von: Carpzov, Def. for. P. I. Cst. XXVIII. Def. XLI. §. 2. i. f. — 6. Voet, l. c. §. 14. in med. v. Glück, a. a. O., S. 449. u. Note 75. Heimbach, a. a. O., S. 822. a. E., Beide, weil es der bisherige Gerichtsgebrauch so verlange. Daß dieser ein allgemeiner sei, wird freilich nicht behauptet. Bedingt bejaht von: Jac. Cujas, Obs. L. XI. Cp. XXI. „si usu receperit (circumpotationem) populus.“ Ludovici, a. a. O., Cp. X. §. XIII. und Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 2. wenn sich die Gewohnheit einmal dafür entschieden habe, aber

Digitized by Google

doch so leicht zu entscheidende Frage! Schon die X. Tafel des Zwölftafelgesetzes verbot in den Worten: „Omnisque circumpotatio auferitor“ alle epulae funebres. Und wenn es auch nicht gelang mit diesen und ähnlichen wolgemeinten Vorschriften gegen die, nun einmal zu kostbaren Leichenbegängnissen sich hinneigende, Römische Sitte durchzudringen [218]) (Silicernium — Visceratio), so waren doch sehr ausgezeichnete Römische Juristen, wie Jul. Paulus, der eben nicht im Zeitalter Römischer Sitteneinfachheit lebte, darin einverstanden, daß in ein Sterbehaus kein Gastmahl passe. Paulus drückt dies mit den Worten aus: „Qui luget, abstinere debet a conviis [219]). Dieselbe Ansicht behielt jedenfalls auch in der Justinianischen Rechtssammlung die Oberhand, denn es läßt sich aus keiner Stelle derselben, weder ausdrücklich noch durch Argumentation, das Gegentheil nachweisen. Vielmehr ergiebt ein genaues Eingehen in den, gerade auch der Hauptquelle (D XI. 7.) eigenthümlichen Geist, daß der Aufwand für das Trauermahl

---

selbst dann, bezüglich: dem Stande des defunctus entsprechend, und mit Maß. Brunnemann, de proc. conc. cred. Cp. V. §. XIV. i. f. verneint zwar im Texte diese Frage, in der Note l aber meint er: es komme darauf an, wo der defunctus begraben werde. In der Stadt brauche kein Trauermahl gehalten zu werden, denn hier fehle es nicht an Leichenbegleitern, auf dem Lande aber, wohin sie erst von anderen Orten herbeigerufen (?) werden müßten, erfordere die Nothwendigkeit, dieselben dann auch mit einem mäßigen Mahle zu regaliren. In diesem Falle seien dann aber auch die Kosten dafür als expensae funeris zu betrachten. — Unbedingt verneint wird die Frage von: Chemnitius, de jure prael. cred. §. 54. Dabelow, a. a. O., S. 189 a. E. und S. 596. Kori, a. a. O., S. 184. Nr. 5. a. E. und die nach Note 45. dafür und dagegen aufgetretenen Rechtsgelehrten; v. Glück, a. a. O., S. 447 (nämlich nach Röm. Rechte) Schweppe, Concurs. S. 126. a. E. u. Röm. Privatr. Bd. 5. S. 6. Zamhaber, a. a. O., S. 427, a. E.

[218]) Cujac. Obs. L. XI. Cp. XXI.

[219]) Rec. Sent. L. I. T. XXI. (De sepulchr. et lugend.) §. 3.

Digitized by Google

unter allen Umständen nicht zu den Leichenbestattungskosten in der Bedeutung von funeris sumtus zu rechnen ist, was auch Dabelow, v. Glück und Schweppe (in den am Ende der Note 217 von ihnen angeführten Schriften, Schweppe in sein. Röm. Privatrechte) ausdrücklich anerkennen mußten. Ueberdies ist der, von v. Glück und nach ihm von Heimbach (Note 217 ab init.) für das Gegentheil angeführte, Gerichtsgebrauch durchaus kein allgemeiner; ja es verbieten sogar eine Menge, der vorhandenen besten Begräbnißordnungen unserer Zeit — ein Feld, wo ich in Folge eines früheren, amtlichen Verhältnisses ziemlich zu Hause bin — auf welche doch nach Gmelin und v. Glück [220]) gerade hier sehr viel ankommen soll, die Abhaltung von Trauermahlen auf das Entschiedenste. Hierzu kömmt aber auch noch, daß selbst da, wo Jemand, der im Leben zur Classe der angesehensten Personen gehörte, von einem reichen eigenen Vermögen zu bestatten ist, in der Unterlassung des Trauermahls zweifellos in demselben Maße eine Achtungsbezeugung für den Todten zu erblicken ist, als aus der Abhaltung des ersteren eine Rücksichtlosigkeit gegen ihn durchblickt, welche, wie wir wissen, dem Römischen Rechte eben so sehr zuwider war, als sie uns zuwider sein muß. Diese Gründe genügen, um die Kosten für das Trauermahl im Allgemeinen von den funeris sumtus auszuschließen.

Eine Ausnahme hiervon läßt sich jedoch dann rechtfertigen, wenn der Gerent eines Leichenbegängnisses einem solchen Aufwande sich schlechterdings nicht entziehen kann. Dies ereignet sich z. B., und gar nicht selten da, wo auswärtige Verwandte, Freunde und Bekannte eines defunctus, auf Grund dieses Verhältnisses, zum Zwecke der Leichenbegleitung, vor dem Leichenbegängnisse im Sterbehause sich einfinden, und auch nach diesem Acte auf kurze Zeit dahin

---

220) Gmelin, a. a. O., S. 83. a. E. v. Glück, a. a. O., S. 448. a. E.

Digitized by Google

zurückkehren, entweder um sich wieder zu verabschieden oder um aus anderen Gründen z. B. wegen Eintritts übeler Witterung noch da zu verweilen. Denn hier wäre die Versagung einer, den Verhältnissen entsprechenden Bewirthung eine ebenso grobe, auch den Verstorbenen noch im Tode blamirende Verletzung der Schicklichkeit und des Anstandes, als eine Streichung des Aufwandes dafür aus der Reihe der zu erstattenden funeris sumtus eine schreiende Unbilligkeit sein würde.

2) Die Gebühren (Funeralien), welche bei einem Leichenbegängnisse an die Ortsgeistlichkeit (Stolgebühren), an die Schulen, an den Kirchner (Küster) [221]) Kirchenbuchführer, und an andere, in diese Kategorien gehörende, bei den Bestattungen zum Theil gar keine Dienste leistende, kirchliche und weltliche Personen zu entrichten sind [222]); wohl aller Orten als accidentale Besoldungstheile überwiesene, taxmässige Leistungen, deren Bezug gesetzlich, statutarisch oder durch Gesetzes Kraft habende Gewohnheit garantirt ist, und gegen deren Aufnahme unter die funeris sumtus, gegenüber dem demnach vorhandenen jus quaesitum der Bezugsberechtigten, sich mit Aussicht auf Erfolg nichts unternehmen läßt.

3) Die Bezahlung des Todtengräbers [223]) für seine

---

221 Voet, Comment. ad Pand. l. c. §. 14. „quod aedituo."

222) Hofmann, teutsche Reichsprax. Bd. 2. §. 1270. Dabelow, Concurs. S. 596. A. v. Glück, a. a. O., S. 448. Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 5. S. 5. lit. d. Heimbach, a. a. O., S. 822. a. E.

223) Voet, l. c. §. 14. Gmelin, die Ordn. der Gläubig. S. 82. Nr. 9. Dabelow, a. a. O., S. 189. II. Kori, Concursproc. S. 184. Nr. 2. v. Glück, a. a. O., S. 445. Nr. 2. Schweppe, Röm. Privat. Bd. 5. S. 5. lit. c. Samhaber u. Heimbach, a. a. O., S. 822. oben. Wittich, Civilr. Bd. 2. S. 146. Note * führt unter den funeris sumtus auch noch die Kosten „für das Einlegen der Leiche in das Grab" an, die aber meines Wissens als eine besondere Ausgabe gar nicht vorkommen, indem das fragliche Geschäft gewöhnlich von Seiten der Träger, oder durch den Todtengräber und seine Gehilfen, oder von diesen Allen gemeinschaftlich, besorgt wird.

Digitized by Google

allbekannte Mühwaltung, ohne welche die Bestattung überhaupt nicht möglich ist, „sine quo funus duci non possit“; deshalb unbestreitbar.

4) Die Kosten für den Druck etwaiger Leichencarmina, welche hin und wieder nach der Bestattung als Nachrufe hinter den Verstorbenen her veröffentlicht werden, und für den, bisweilen auch begehrten, Druck der Leichenpredigt und Parentation[221]). Nach Festus (Note 180) gehören aber dergleichen „scripta et carmina“ unter den Begriff des monumentum und ebendeshalb, aus den dort angeführten Gründen, nicht zu den funeris sumtus.

5) Die Almosen, welche man hie und da bei Leichenbegängnissen an Arme auszutheilen pflegt[225]). Um ein richtiges Urtheil über die Statthaftigkeit dieses Aufwandes zu erhalten, muß man auf seinen Ursprung zurückgehen. Er entstand keineswegs aus Eitelkeit oder Prunksucht, sondern er ist ein Erzeugniß der Lehre vom Fegfeuer, welcher der Glaube folgte, daß Messen für den Verstorbenen, Gebete, Almosen und andere fromme Handlungen seiner Hinterbliebenen zur Beschleunigung seiner Befreiung Manches beitrügen[226]). Dieser Aufwand ist also rein religiösen Ursprungs, und muß demnach auch, wo ein inneres Bedürfniß zu solchem Opfer vorliegt, unter Bemessung nach Stand und Vermögen, als funeris sumtus anerkannt werden. Dies gilt natürlich nur bei Verstorbenen katholischer Confession, bei Verstorbenen evangelisch-christlichen Bekenntnisses dagegen mangelt es jedem Grunde, solche Almosen als funeris sumtus anzusprechen.

---

224) Ludovici, Einl. zum Concursproc. Cp. X. §. XIII.

225) Dagegen ohne Angabe von Gründen: Samhaber in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 13. S. 427. a. E. Gmelin, a. a. O., S. 83. ist mäßigem Almosengeben nicht entgegen, ohne zu bemerken weshalb.

226) Decr. Gr. P. II. Caus. XIII. Qu. II. Can. XXII. XXIII. Conc. Trident. Sess. XXV. Decr. De purgatorio.

Digitized by Google

Gmelin, der in diesen Beziehungen so reichhaltig ist, erwähnt auch noch:

6) Den Lohn der Gassenfegerinnen unter dem funeris sumtus [227]); offenbar eine Fortpflanzung der Römischen exverrae vel everrae (cf. §. 2, bei Note 27), jedenfalls aber ein so abergläubischer Mißbrauch, daß man ihm entgegentreten muß, wo man ihn findet. Ich glaube kaum, daß er in Deutschland jetzt noch weit verbreitet ist. —

Weiter wußte man den Umfang der Leichenbestattungskosten nicht auszudehnen. Um hierbei ja nichts zu vergessen, schuf man aber, wie weiland der Römische Prätor in seinem dem Edicte über Abwesenheit angehängten Billigkeitsclausel: „Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur" etc. ebenfalls eine derartige Generalclausel, wie z. B. Voet [228]): „et si qua alia, in quibus nimium quantum sibi indulget ambitio civitatum", welche alle, doch vielleicht vorgekommene, Ueberseh̃ungen in ihrem weiten Faltenwurfe verbergen sollte. Daß aber so unwissenschaftliche Aeußerungen, zumal aus dem Munde Ansehen genießender Rechtsgelehrten, ganz dazu angethan waren, die auf dem Gebiete unserer Lehre ohnehin herrschende Unsicherheit noch um Vieles zu vermehren, wird kaum Jemand in Abrede stellen.

§. 7.

Fortsetzung.

Noch einige nothwendige, eigene Erweiterungen bezüglich des Umfangs der Funeris sumtus.

Bei aller, aus dem Bisherigen hervorleuchtenden, Genauigkeit der Doctrin im Specialisiren der einzelnen Bestandtheile

---

227) Gmelin, a. a. O., S. 82. Nr. 9.

228) Commentar, ad Pand. l. c. §. 14. Aehnliche unglückliche Aeußerungen finden sich auch bei Dabelow, Concurs, S. 596 A. v. Glück, a. a. O., S. 447 in med. und Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 1, S. 822 in med.

Digitized by Google

des funeris sumtus hat sie doch folgende, nothwendig noch darunter zu rechnende, Verwendungen unbeachtet gelassen, nämlich:

1) die Kosten der erforderlichen Beleuchtung des Leichenzugs, wo es ausdrückliche Vorschrift oder feststehende Sitte ist, die Leichen nach Einbruch der Dunkelheit oder vor Anbruch des Tages zur Erde zu bestatten. In diesem Falle liegt die Rechtfertigung des gedachten Kostenpunktes in der Natur der Sache.

2) Die Bezahlung des s. g. Leichenbestellers, d. h. derjenigen Person, welche durch förmliche, obrigkeitliche Bestellung im Voraus dazu berufen ist, bei jedem in ihrem Wohnorte vorkommenden Todesfalle die zu Bewerkstelligung der Bestattung erforderlichen Anordnungen zu treffen; ein, so viel ich weiß, bis jetzt bloß in größeren Städten bestehendes Institut, welches sich aber nach meinen eigenen Erfahrungen stets als ungemein zweckmäßig bewährt hat. Ist aber in einem Orte ein solcher Beamteter einmal bestellt, so hat er selbstverständlich auch auf seine jedesmalige Verwendung ein wolerworbenes Recht. Daraus folgt zugleich die Nothwendigkeit, diesen Aufwand überall da als funeris impensa anzuerkennen, wo die bezeichnete Einrichtung eben vorhanden ist.

3) Die Honorirung des s. g. Leichenmarschalls (Ceremonienmeister) d. h. derjenigen Mannsperson, welche sich, ebenfalls gegen Bezahlung ihrer Dienstleistung, dazu hergiebt, bei Leichenbegängnissen den Leichenzug anzuordnen und zu führen. Die Zuziehung einer solchen, bei Ausübung ihrer Function gewöhnlich durch Führung eines umflorten Stabes kenntlichen, Persönlichkeit, erfolgt zwar bloß bei s. g. großen Leichen, ist aber dann natürlich auch ein Gegenstand der Nothwendigkeit, wenn nicht die, doch jedes Mal beabsichtigte, würdevolle Abhaltung eines solchen Leichenbegängnisses unangenehmen Störungen ausgesetzt sein soll. Schon die Römer scheinen dieses

Digitized by Google

Institut unter der Benennung „designator“ gekannt zu haben [229]).

4) Die Kosten des numerirten Grabsteins, dessen jedesmalige, übrigens mit sehr geringem Aufwande verknüpfte, Setzung besonders auf Friedhöfen, wo das sehr zweckmäßige, reihenweise Bestatten der Leichen festgehalten wird, wol ohne Ausnahme vorgeschrieben, zur Kenntlichmachung und späteren Beurtheilung des Alters der Grabstätte aber auch durchaus erforderlich ist.

Etwas Aehnliches scheinen die Römischen „cippi“ gewesen zu sein, auf welchen, an einer Ecke der Grabstätte angebracht, die Größe ihrer Ausdehnung gegen die Landstraße (in fronte) und rückwärts in das Feld hinein (in agro vel agrum) nach Fußen, sowie auch die Namen der daselbst Beigesetzten angegeben zu werden pflegten [230]).

5) die Insertionsgebühren für die öffentliche Bekanntmachung des Todesfalles im Local- oder einem anderen dasselbe vertretenden Blatte, welche wenigstens in Deutschland überall im Gebrauch und besonders da, wo der Verstorbene in auswärtigen geschäftlichen Beziehungen stand, sogar in mehreren, diese Nachricht am zweckmäßigsten verbreitenden, in- oder ausländischen Zeitungen durchaus nothwendig werden kann.

6) Der Aufwand für die ordnungsmäßige Instandsetzung der Grabstätte, welcher sich, ganz abgesehen davon, daß eine hierin sich zu Schulden gebrachte Vernachlässigung ebenfalls als contumelia des Todten betrachtet werden kann, zweifellos schon aus den Schlußworten: „Sed et si quid „in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, fu„neris causa videri impensum Labeo scribit: quia necessa„rio locus paratur, in quo corpus conditur“, in fr. 14. §. 3. D. XI. 7. rechtfertigen läßt.

229) Cf. Horat., Ep. I. 7. 6. Cicero, ad Attic. IV. 2, De leg. II. 24.

230) Cf. Persius, Sat. I. 37. Horat., Sat. I. 8. 12. Petronius Arbiter, Satyric. Cap. 71.

Digitized by Google

Mit den in den §§. 5, 6 und 7 enthaltenen Entwickelungen sind, wie ich glaube, die einzelnen Bestandtheile des funeris sumtus erschöpfend dargelegt, bezüglich gerechtfertigt und als unhaltbar verworfen. Damit ist aber selbstverständlich nicht gesagt, daß alle gebilligten Umfangstheile des funeris sumtus nunmehr auch bei jedem Leichenbegängnisse vereint in Anwendung kommen müßten. Es wird damit vielmehr nur behauptet, daß andere als die für zulässig gehaltenen Theile niemals in Anwendung kommen dürfen. Welche von ihnen aber im gegebenen Falle (außer den absolut nothwendigen) heranzuziehen sind, ist stets nach den im §. 3 und 5 (im Anfange) erörterten, Römisch-rechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen.

§. 8.

Gehören auch die Kosten der letzten Krankheit einer verstorbenen Person zu den „Funeris sumtus"?

Ebenfalls eine vielbestrittene, wichtige Frage.

Eine nicht unbedeutende Anzahl älterer Juristen [231]) haben sich im Hinblick auf D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 37. pr. („veluti unguentorum"), Cod. III. 31. (De petit. hered.) cst. 4. und Cod. III. 44. (De religios. etc.) cst. 3. veranlaßt gefunden, auch die Kosten der letzten Krankheit — worunter man gemeinlich begreift: das ärztliche und wundärztliche Honorar, den Aufwand für Arzneien, den Lohn der etwaigen Wärter und Wächter, die Ausgaben für die Speisen der Kranken, das Fuhrlohn, wenn der Arzt an einem anderen Orte geholt werden mußte und andere derartige, selbst auch nur entfernt auf die letzte Krankheit sich beziehende Kosten [232]) — als Theil der funeris

---

[231]) Z. B. Carpzov Def. for. P. I. Cst. XXVIII. Def. XLIII. §. 2, und die dort Citirten. Lauterbach, Colleg. theor.-pract. Pand. L. XLII. T. V. §. 29. Mevius, Comment. ad jus Lubec. P. III. T. 1. Art. 11. H. Lampe, de privileg. et jurib. singular. medicor. Sect. I. Cap. II. §. 22 und Andere.

[232]) Carpzov, l. c. §. 5 und 6. Ludovici, Einl. zum Concursproc. Cap. X. §. XIII. a. E. Hofmann, teutsche Reichsprax. Bd. 2, §. 1270.

Digitized by Google

sumtus zu betrachten, und alle, dieſen geſetzlich verliehene Vorrechte auf jene mit zu erſtrecken. Man iſt indeſſen ſchon früh — aus Gründen, welche bezüglich Voet [233]), Dr. H. Hasentier [234]) und Dabelow [235]) ſehr gründlich entwickelt haben — zu der unwiderleglichen Ueberzeugung gelangt, daß dieſe Anſicht aus einem unrichtigen Verſtändniſſe der angezogenen Quellen entſprungen ſei, ſich alſo gar nicht darauf ſtützen laſſe. Ebendeshalb iſt ſie von anderen Rechtsgelehrten geradezu verworfen worden [236]).

Nichtsdeſtoweniger hat ſich dieſe auf ſo unhaltbarem Grunde ruhende Lehrmeinung — wie überall durchleuchtet, aus bloßen Billigkeitsrückſichten — die Oberhand dergeſtalt zu verſchaffen gewußt, daß die Koſten der letzten Krankheit [237]) — unter vollem Bewußtſein der offenbarſten Quellenwidrigkeit dieſer Anſicht — auf Grund eines immer weiter gedrungenen, durch Particulargeſetze tüchtig unterſtützten [238]), und allmälig bis zu dem Grade eines unerſchütterlichen Gewohnheitsrechts gediehenen, allgemeinen, deutſchen Gerichtsgebrauchs, von den Rechtslehrern mit

---

Gmelin, die Ordn. der Gläubig. Cap. 2, §. 4. Dabelow, Concurs, S. 597, B. 601. C. Kori, Concursproceß. L. II. §. 9. und Schweppe, Concurs der Gläubiger, S. 127.

233) Commentar. ad Pand. L. XI. T. 7. §. 15.

234) Diss. de privileg. medicor. creditor. in concursu. Jenae, 1774.

235) Concurs. S. 597. B. — 599.

236) H. de Boden (C. A. Chemnitius), D. de non praefer. sumtib. curationis ult. morbi. Helmst. 1703. Pg. 17. J. M. Beuther, Consult. et Respons. de jure praelat. Col. 1707. P. I. C. 29. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 1. S. 822.

237) Ohne allen Grund hat man hierzu ſogar die Koſten für die Krankenbeſuche des Geiſtlichen (Hofmann, a. a. O., §. 1270) und ſogar die Gebühren für die Vorbitte während der letzten Krankheit (Kori, a. a. O, S. 184, Note 42) gerechnet.

238) Vgl. Hasentier, l. c. Gmelin, a. a. O., S. 86, Note a. Erläuterte Churſächſ. Proc.-Ordn. Tit. XLII. §. 4.

Digitized by Google

einer, an Einhelligkeit streifenden, Stimmenpräponderanz den funeris sumtus beigezählt und folgerichtig auch im Concurse in die Classe der absolut privilegirten Forderungen locirt worden sind [239]).

In demselben Stadium befindet sich aber die aufgeworfene Frage noch heute. Es bleibt demnach nichts übrig, als in dieser Beziehung mit dem allgemeinen Strome zu schwimmen, welchem entgegenzutreten schon Jo. Voet am Ende des 17. Jahrhunderts nicht gerathen fand, indem er anführte [240]): — „et „hoc jus etiam in forum traduxerint, adeo longa nunc passim „rerum perpetuo similiter judicatarum serie firmatum proba„tumque, ut ab eo recedere in respondendo consultum non „sit“ und Dabelow [241]) im Anfange dieses Jahrhunderts gar nicht mehr wagte.

§. 9.

Noch einige praktisch wichtige Schlußbemerkungen verschiedenen Inhalts.

I. Nach einer singulären Bestimmung in L. I. Art. 22 des Sachsenspiegels soll die Witwe das Begräbniß ihres verstorbenen Ehemannes „mit dem Rathe“ des Erben besorgen; scil. wenn ein solcher da ist. Daraus folgt wol, daß, wenn in einem solchen Falle die Witwe die gehabte

---

239) Vgl. hierzu: Voet, Comment. l. c. §. 15. Ludovici, a. a. O., Cap. X. §. XIII. a. E. S. de Cocceji, jus. controvers. civ. Francof. et Lips. 1713. Ad D. XI. 7. Qu. 4. Wernher, Obs. T. 3. II. 325. Leyser, Med. ad Pand. Vol. VII. Spc. 484. F. Es. Pufendorf, Animadvers. jur. univers. T. I. Anim. CVII. Gmelin, die Ordn. der Gläubig. Cap. 2. §. 4 und Note y und z. Dabelow, Concurs, S. 599 a. E. Kori, a. a. O., S. 186. v. Glück, a. a. O., S. 447, 449 und Note 76. Thibaut, Proceß. 6. Ausg. des Pandectenr. §. 1236. Schweppe, Concurs, S. 127 und Röm. Privatr., Bd. 5, S. 6, Note 1.

240) Comment. l. c. §. 15.

241) Concurs, S. 601. Auch schon Leyser l. c. sprach von „praxis indubia.“

Digitized by Google

Gelegenheit der Verständigung mit dem Erben versäumt, derselbe auch ihre, bezüglich der Bestattung getroffenen, Anordnungen und Verwendungen nicht blindlings gut zu heißen braucht [242]). Hiernach hat Carpzov die durchgreifende Regel gebildet [243]): „De jure Saxonico nemo „recuperat expensas funebres, nisi qui eas cum con„sensu heredis fecerit"; dieselbe ist aber schon deshalb unhaltbar, weil der Erbe, selbst im Falle einer solchen Unterlassung von Seiten der Witwe, nach dem Inhalte jener speciellen Vorschrift und nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts mindestens nicht von dem Ersatze derjenigen Leichenbestattungskosten liberirt wird, die er unter allen Umständen selbst zu bestreiten gehabt haben würde. Auch hat wohl Carpzov dabei außer Augen gesetzt, daß zur Zeit der Bestattung eines defunctus Erben gar häufig noch gar nicht anwesend sind, und daß gerade dieser Fall derjenige ist, für welchen der Prätor die funeraria actio vorzugsweise geschaffen hatte [244]).

II. Wer die Bestattung einer fremden oder antheilig als fremd zu betrachtenden [245]) Leiche besorgt führt, bezüglich theilweise, ein fremdes Geschäft und ist ebendeshalb schon im Allgemeinen zur Ablegung einer specificirten [246]) Rechnung hierüber gesetzlich verbunden [247]); er ist es aber auch besonders noch aus dem Grunde, weil er bei Vollführung dieses Geschäfts im Gewande eines nego-

---

242) Joach. Chemnitius, de jure praelat. creditor. §. 51.

243) Def. for. P. I. Cst. XXVIII. Def. XL. §. 1.

244) Schneider, die allgemeinen subsidiär. Klagen des Röm. Rechts. S. 509, 511.

245) Vergl. §. 4, Nr. II, sub lit. b.

246) D. L. 8. (De administr. rer. etc.) fr. 2. §. 2. „ratio tamen administrationis secundum fidem acceptorum et datorum ponatur."

247) D. XXXV. 1. (De condit. et demonstr. etc.) fr. 72. §. 3.

Digitized by Google

tiorum gestor erscheint [248]), der negotiorum gestor aber als solcher durch das Gesetz sogar speciell zur Rechnungsablegung verpflichtet worden ist [249]).

III. Erlassene Theile eines funeris sumtus sind so lange als gar nicht aufgewendet zu betrachten, bis feststeht, daß der Erlasser mit der erlassenen Summe einer bestimmten Person ein Geschenk zuwenden wollte [250]).

IV. Alle auf Wiedererlangung verlegter funeris sumtus gerichtete Rechtsstreitigkeiten gehören nicht vor das Consistorium, sondern vor das Forum des im Fragefalle competenten, ordentlichen, weltlichen Richters [251]); auch dürfte die summarische Behandlung solcher Processe, in allen Fällen, wo wirkliche Gefahr im Verzuge liegt, hingesehen auf die K. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. XXIII und Th. III. §. 7 und 8, kaum zu läugnen sein.

V. Jedenfalls in Uebereinstimmung hiermit und auf Grund der Glosse zu Cod. VI. 30. (De jure deliber.) fr. 22. §. 9. in verbo: „approbaverit“: „testibus vel suo (heredis) sacramento“ begnügt sich auch der heutige Gerichtsgebrauch mit der bloßen Bescheinigung des stets genau zu specificirenden [252]) funeris sumtus, welche, wenn namentlich der Aufwand glaubhaft und mäßig ist, in Ermangelung anderer Bewahrheitungsmittel, selbst durch den Eid des Liquidanten erbracht werden kann [253]).

---

248) S. §. 2, Nr. 5 und Note 33.

249) D. III. 5. (De negot. gest.) fr. 2. Schmidt, prakt. Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden. 7. Ausg. v. Weber. Jena. 1813. §. 1084. Nr. 8 und Note m.

250) Gmelin, a. a. O., S. 84.

251) D. XI. 7. (De religios. etc.) fr. 12. §. 6. fr. 14. §. 10. v. Glück, Commentar. Bd. 11. S. 450. Heimbach, a. a. O., S. 824 oben.

252) Denn nur auf diese Weise läßt sich die gesetzliche Statthaftigkeit der einzelnen Ansätze beurtheilen.

253) Vergl. Carpzov, Def. for. P. I. Cst. XXVIII. Def. XLII.

Digitized by Google

VI. Endlich ist bezüglich der Beweislast noch zu erwähnen, daß derjenige, welcher das Recht auf Wiedererlangung verlegter Leichenbestattungskosten im Proceßwege geltend macht, die behauptete Qualität derselben als „funeris sumtus“ stets darzuthun hat[254]), weil der, welcher ein jus singulare — worunter die privilegirten funeris sumtus doch gehören — zu verfolgen sucht, zweifellos auch die besonderen Verhältnisse, welche das jus singulare voraussetzt, beweisen muß: wogegen den Beklagten, welcher auf Grund der besonderen, betreffenden gesetzlichen Bestimmungen in fr. 14. §. 6—10. D. XI. 7. die Einreden entgegenstellt, daß der Bestattungsaufwand übermäßig gewesen, pietatis gratia, donandi animo, erfolgt sei, oder wegen zu großer Kargheit den Verstorbenen beschimpft habe, schon nach D. XXII. 2. (De probationib. etc.) fr. 5. unstreitig der Beweis dieser Behauptungen trifft[255]).

---

§. 4—5. Def. XLVI. §. 3. 4. Brunnemann, de proc. concurs. cred. Cap. V. §. XIV u. Note m. Mevius, P. II. Dec. 223. Chemnitius, l. c. §. 55. Hellfeld, Jurispr. for. T. I. §. 774. Dabelow, Concurs. S. 191. Note b. S. 597. Note m. Kori, Concursproc. S. 185. a. E. v. Glück, a. a. O., S. 499. Bucher, Recht der Forderungen, §. 147, S. 486. Samhaber, Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. 13, S. 424. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 1, S. 823 oben. Nur haben Bucher und Heimbach gewiß nicht Recht, wenn sie behaupten, daß die eidliche Bestärkung die Stelle der Specificirung vertrete, denn specificirt muß im Falle der Anzweifelung des sumtus aus dem in der Note 252 angegebenen, sehr triftigen Grunde immer werden.

254) Dabelow, a. a. O., S. 191 in med. und S. 597 i. f.

255) Claproth, Einleit. in sämmtl. summar. Processe, S. 610. Siehe auch Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceße. 2. Ausg. von Hefftter, 1832, S. 168—169.

Digitized by Google

Erklärung des fr. 2. §. 16. D. pro emtore 41, 5.

Die actio publiciana rücksichtlich der von einem Rasenden gekauften Sache.

Von

Herrn C. Emmerich,
vormaligem Landgerichtsassessor.

Im fr. 7. §. 2. D. de publ. in rem act. (6. 2.) sagt Ulpian:

> Marcellus scribit, eum, qui a furioso, ignorans eum fuere emit, posse usucapere. Ergo et publicianam habebit.

Dagegen heißt es in der obigen von Paulus herrührenden Stelle:

> Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitet, usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio et ideo non de evictione actio nascatur mihi, nec publiciana competet.

Digitized by Google

Da dem, welcher unbekannt mit der Geisteskrankheit des Verkäufers, von einem Rasenden gekauft hat, im ersten Fragment die publiciana zugestanden, im zweiten versagt wird, so hat man seither die letztere Stelle auf sehr verschiedene Weise erklärt. Accursius supplirt bei nec publiciana competet die Worte contra furiosum, und läßt also den Verfasser der Stelle sagen, gegen den Furiosus könne der Käufer die publiciana nicht anstellen, wol aber gegen einen Dritten finde diese Klage statt. Dieser Meinung giebt Galvanus (de usufruct. cap. 34. pag. 516.) seinen Beifall. Cujacius (comm. ad cit. fr. 2.) hält die Worte nec publiciana competet für einen unächten Zusatz, der weggestrichen werden müsse, da auch der griechische Scholiast Constantin diese Worte für ein Glossem halte. Diese Meinung nimmt er aber in seinen observat. Lib. 16. cap. 28. wieder zurück, indem er die Ansicht aufstellt, Paulus rede von dem, was das strenge Recht mit sich bringe, und es verdiene daher die billigere und der übrigen Rechtstheorie viel angemessenere Meinung von Ulpian den Vorzug. Diese letztere Ansicht von Cujacius theilen auch Noodt (comm. ad Digest. pag. 205,) Schulting (thes. controvers. decad. 19. §. 7.) Voet comm. ad Pand. h. t. §. 5.) Costa (comm. ad institit 4. pag. 522), Reinhold (opusc. exercit. 6. §. 12), Westphal (System der Sachen §. 1005), Dabelow (Verjährung §. 78) u. a. m. Lyclama v. Nyholt unterscheidet, ob die Sache dem Wahnsinnigen eigenthümlich gehört habe, oder eine fremde Sache gewesen sey. Von dem ersten Falle sey Paulus, von dem anderen aber Ulpian zu verstehen (cf. dessen membranar. Lib. 1. occl. 20.) Cocceji (jur. siv. contrav. tit. de publ. 9. 3) versteht die fragliche Stelle so, daß derjenige, welcher eine Sache im guten Glauben von einem Wahnsinnigen gekauft hat, die publiciana nur nicht auf den titulus specialis pro emtore gründen könne, weil der Kauf nichtig sey, dagegen komme ihm diese Klage ex titulo generali pro suo

Digitized by Google

zu und ſo ſey Ulpian's Ausſpruch im cit. fr. 7. zu verſtehen. Alle dieſe Anſichten befriedigen nicht, wie ſelbſt die allegirten Juriſten, bei der Widerlegung der ihren Meinungen entgegenſtehenden Anſichten gezeigt haben. Dagegen liegt die nachfolgende Erklärung obiger Stelle ſehr nahe, und dieſe Erklärung giebt nicht nur einen befriedigenden Sinn, ſondern ſie zeigt auch nach, daß zwiſchen den genannten Stellen gar kein Widerſpruch vorliegt.

Bekanntlich gilt der Grundſatz, daß, ſobald der Erwerber in gutem Glauben war, die publiciana dem zuſteht, deſſen Autor zur Veräußerung unfähig war. Daß von dieſem Grundſatze Paulus keine Ausnahme hat machen wollen, geht daraus hervor, daß er bemerkt, usucapere posse res a furioso emta, denn die Möglichkeit der Verjährung iſt gerade der Grund, worauf die publiciana beruht. Es muß daher unter der publiciana, von der Paulus redet, eine andere Klage gemeint ſeyn, als die publiciana, von der Ulpian ſpricht. Außer dieſer Letzteren giebt es nun aber noch eine Klage, die publiciana genannt wird, nämlich die Klage, womit derjenige, der während ſeiner Abweſenheit ein dingliches Recht verloren hat, gegen den auftrit der inzwiſchen dieſes erſeſſen hat. Von ihr redet Juſtinian in §. 5 J. de act. 4, 6 (rursus si quis, cum reipublicae causa abesset rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino rescissa usucapione eam petere) und in der c. 18, C. 8, 51. Juſtinian nennt ſie publiciana, wie aus §. 4 J. l. c. hervorgeht. Auch Paulus nennt ſie publiciana, im fr. 35, D. de obl. et act. 44, 7 (item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur, sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur). Offenbar iſt nun aber dieſe reſciſſoriſche publiciana von Paulus gemeint, wenn er ſolche dem abſpricht, der von einem Raſenden gekauft hat. Denn die eigentliche publiciana kann nicht gemeint ſeyn, weil Paulus die Möglichkeit der Uſucapion der von einem Raſenden gekauften Sache zugeſteht, die eigentliche publiciana aber zum

Digitized by Google

Schutz der zu usucapirenden Sachen gegeben ist und es ungereimt seyn würde, wenn der Käufer zwar usucapiren, aber nicht klagen könnte. Es kann also nur die rescissorische publiciana gemeint seyn und daß dieß wirklich der Fall ist, beweist die Natur dieser rescissorischen publiciana. Dieselbe ist nämlich auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Aufhebung der in der Abwesenheit des früheren Besitzers erfolgten Verjährung gerichtet. Bekanntlich fällt aber die Restitution alsdann weg, wenn das verloren gegangene Recht nach dem strengen Recht ungültig war. Darauf bezieht sich die Bemerkung quamvis nulla esset emtio est ideo nec publiciana competet, weil nur bei der rescissorischen publiciana es darauf ankommt, ob emtio nulla est, aut valida. Nur von dieser rescissorischen Klage konnte Paulus sagen nec competet.

Digitized by Google

V.

Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Von

Herrn Dr. Hermann Bischof.

(Fortsetzung der Abh. V im vorigen Hefte) [1]).

Drittes Capitel.

Verhältniß des Richters zu dem objectiven Begriffe der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Die rechtliche Bedeutung, welche die erörterten Erlasse des Bundes und die auf Veranlassung der Bundes-Commissäre zu Stande gekommenen landesherrlichen Verordnungen mit unserer Hauptcontroverse verbindet, besteht in Folgendem:

Der einmüthig gefaßte Bundesbeschluß selbst ist eine concludente Handlung, welche die Anerkennung derjenigen Lehre beweist, auf die derselbe gebaut ist. Daran zweifeln übrigens auch diejenigen nicht, welche die Rechtsgiltigkeit

Digitized by Google

des Beschlusses im Allgemeinen leugnen. Gräfe namentlich ersieht aus der einfachen Zustimmung der Bevollmächtigten zum Antrage der Commission, daß alle Gesandten „auch mit den Motiven des Ausschußberichtes und den darin aufgestellten Lehren und Grundsätzen völlig einverstanden gewesen sind“ [1]). Ganz derselbe juristische Charakter kommt der Thatsache der Bundesintervention zu, indem dieselbe auf Grund der Nichtbefolgung der landesherrlichen Verordnung vom 28. Sept. eintrat, welche dem Richter die Prüfung contrasignirter Verordnungen untersagte. Daß endlich die ausschließlich auf Veranlassung der beiden Bundescommissäre erlassene Verordnung, welche die Bedeutung der Contrasignatur in unserem Sinne festsetzt, der Willensmeinung des Bundestages directen Ausdruck verleihe, bezweifelte selbst das kurhessische Ober-Appellations-Gericht nicht im Mindesten.

So viel ergibt nun diese Entwicklung auch für diejenigen, welche die Rechtsbeständigkeit des Bundesbeschlusses vom 21. September und der mit ihm zusammenhängenden Verordnungen in Abrede ziehen, daß die der unsern entgegengesetzte Lehre durch die Bundesversammlung niemals gebilligt werden kann. Mit vollem Rechte erblickt auch Gräfe [2]) in dem die kurhessischen Wirren regulirenden Bundesbeschlusse nur eine Anwendung der geheimen Wiener Conferenzbeschlüsse vom Jahre 1834. Was für die „politischen Querköpfe“ nun eben einmal positives Bundesrecht ist, belehrt die „Aufgeklärteren“ wenigstens, daß ihre Theorie — so lange die Bundesgrundgesetze in rechtlicher Geltung stehen — nur die Mutter jenes Elendes werden kann, dessen Schatten in Kurhessen trauern.

Noch übrigt, den Zusammenhang der Bundes- mit der Particulargesetzgebung in unserer Frage aufzuzeigen.

---

[1]) A. a. O., S. 154.

[2]) A. a. O., VII.

Digitized by Google

Die neueren Verfassungs-Urkunden haben unsere Controverse zum Theil direct, alle aber ohne Ausnahme und im Einklange mit unserer Ansicht indirect entschieden.

Letzteres geschieht dadurch, daß in sämmtlichen deutschen Landesgrundgesetzen der Art. 57 der Wiener Schlußacte oder die Untheilbarkeit der höchsten Staatsgewalt ausdrücklich sanctionirt wird [1]). Die Unvereinbarkeit dieses Dogmas mit der fraglichen richterlichen Competenz wurde aber bereits oben begründet.

Ausdrückliche Bestimmungen erhalten folgende deutsche Verfassungs-Urkunden:

1) Hannover. L.-Verf.-Ges., 1840.

§. 123.

„Die Gerichte und Verwaltungsbehörden haben solche (vom König verkündigte) Gesetze und Verordnungen zu befolgen und über deren Befolgung zu wachen, ohne daß es ihnen zusteht, zu beurtheilen, ob dabei die Mitwirkung der Stände verfassungsmäßig Statt gefunden habe, noch ob dieselbe erforderlich gewesen sei."

Ges. v. 5. Sept. 1848 [2]).

§. 73.

„Entsteht Zweifel darüber, ob bei einem gehörig verkündigten Gesetze die verfassungsmäßige Mitwirkung der Stände hinreichend beobachtet worden sei, so steht nur diesen zu, Anträge deßhalb zu machen."

2) Schwarzburg-Sondershausen.

Verf.-U., 1849. §. 109.

„Entstehen Zweifel darüber, ob der Inhalt eines gehörig verkündigten Gesetzes mit den Beschlüssen des Landtags in

---

[1]) Vergl. Zöpfl, a. a. O., II. S. 348. Note 2., H. A. Zachariä, a. a. O., I. S. 290. Note 5.

[2]) Verschiedene Aenderungen des Landes-Verf.-Gesetzes betreffend.

Digitized by Google

Uebereinstimmung stehe, so hat nur letzterer das Recht, deßhalb Anträge zu machen."

Noch bestimmter lautete der Absatz 2 in §. 88 des früheren Schwarzburg-Sondershausen'schen Landes-Grundgesetzes von 1841:

„Von der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung sind ausgeschlossen die Handlungen der gesetzgebenden Gewalt: der Richter hat nicht darüber zu entscheiden, ob ein in verfassungsmäßiger Form erlassenes Gesetz hätte gegeben werden sollen, sondern lediglich den wahren Sinn und Umfang desselben zu ermitteln und es im Geiste der Gerechtigkeit anzuwenden."

3) Preußen.

V.-U. v. 1850. Art. 106.

„Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Rechtsgiltigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu."

4) Oldenburg.

Revid. V.-U. v. 1852. §. 141.

§. 1. „Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in gesetzlicher Form verkündet sind.

§. 2. Die Prüfung der Rechtsbeständigkeit gehörig verkündigter Gesetze und Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur dem Landtage zu."

5) Waldeck.

V.-U., 1852. §. 94.

„Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn die ständische Zustimmung, soweit sie nach dieser Verfassung erforderlich, ertheilt ist und sie in der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind.

Im Uebrigen steht die Prüfung der Rechtsgiltigkeit gehörig verkündeter Gesetze nur dem Landtage zu."

Digitized by Google

6) Kurfürstenthum Hessen.
V.-U. v. 13. April 1852.

§. 83. . . . „Durch die gedachte Contrasignatur erhalten solche Anordnungen und Verfügungen allgemeine Glaubwürdigkeit und Vollziehbarkeit. Diese rechtliche Folge ist ohne Ausnahme sowohl für die Gerichte, als für alle andern Staatsbehörden maßgebend, so daß nur den Landständen vorbehalten bleibt, wegen des Erlasses von Verordnungen mit der Regirung in Verhandlung zu treten."

Außerdem bestimmt das Staatsgrundgesetz für das Fürstenthum Reuß (j. L.) vom 30. Novbr. 1849 [1]) in §. 83: „Alle in dieser Weise erlassenen Verordnungen [2]) sind dem nächsten Landtage zur nachträglichen Beschlußfassung vorzulegen. Die von ihm etwa beschlossene Aufhebung einer solchen Verordnung hat keine rückwirkende Kraft." Ganz übereinstimmend mit diesem Paragraphen spricht sich der §. 67 (a linea 2) des nach Vereinbarung mit den Ständen revidirten Staatsgrundgesetzes vom 14. April 1852 aus.

Den mitgetheilten Worten muß natürlich die Voraussetzung zu Grunde liegen, daß die Verordnungen in der Zwischenzeit durch die Gerichte und die sonstigen Staatsbehörden gehandhabt werden.

H. A. Zachariä sucht zwar die erwähnten Bestimmungen der Hannover'schen, Preußischen und Sondershausen'schen Verfassung anders zu interpretiren, ohne aber das Gebiet der bloßen Behauptung zu überschreiten. Er bemerkt nämlich: „Das Hannover'sche Landesverfassungsgesetz von 1848, §. 23, beseitigt freilich den ersten Satz dieses §. (des §. 89 des Hannov. Staatsgrundges.) und stellt Alles bloß auf die königliche Verkündigung. Durch §. 37 des Verf.-Gesetzes vom

[1]) S. A. Rauch, Parlament. Taschenbuch. VI. Liefrg. Erlangen, 1850. S. 172—203.

[2]) Der §. 82 spricht von den provisorischen Gesetzen.

Digitized by Google

5. Sept. 1848 ist aber die Bestimmung des Staatsgrundgesetzes in etwas präciserer Fassung und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die — die Form bestimmenden § §. 65 71 72 des Verfassungsgesetzes wieder hergestellt" [1]). Hierauf muß jedoch folgende Erwiderung abgegeben werden. Gerade die Beziehung auf §. 71, welcher ausschließlich von einseitig erlassenen Verordnungen spricht, beweist, daß der oben erwähnte Absatz 2 des §. 73 unter dem Ausdruck „Gesetz" jede allgemeine landesherrliche Constitution begreift. Da nun die Verordnungen des §. 71 weder den Consens der Stände, noch dessen Erwähnung als Bedingung der formellen Rechtsbeständigkeit ansehen, so folgt von selbst, daß der 2. Absatz des §. 73 jede vom verantwortlichen Minister contrasignirte Verordnung im Auge hat. Gerade dadurch erklärt sich, inwiefern die Interpretation des Tübinger Gutachtens, welches zunächst den §. 87 (Abs. 2 u. 3) und §. 89 (Abs. 2) des Hannover'schen Grundgesetzes vom 26. Sept. 1833 betrachtet, nicht als Einrede gegen unsere Exegese gelten kann.

Das Spruchcollegium erläutert die fragliche Stelle [2]) so: „Hier hat das Grundgesetz nur den sehr leicht möglichen Fall im Auge, wo es zweifelhaft ist, ob die ständische Zustimmung hinsichtlich des ganzen wesentlichen Inhalts eines Gesetzesentwurfs, wie der §. 85 [3]) vorschreibt, stattgefunden;

---

[1]) A. a. O., II. S. 246. Note 17. Der fragl. §. 89 lautete: „Alle Gesetze und Verordnungen werden vom König unter Beobachtung der in gegenwärtiger Verf.-U. vorgeschriebenen Form öffentlich verkündigt."

[2]) „Sollten Zweifel darüber entstehen, ob bei einem gehörig verkündigten Gesetze die verfassungsmäßige Mitwirkung der Stände hinreichend beobachtet sei, so steht es nur diesen zu, Anträge deßhalb zu machen."

[3]) „Das Recht der ständischen Zustimmung bezieht sich auf den ganzen wesentlichen Inhalt des Gesetzes; dagegen bleibt der Landesregirung überlassen, dasselbe in Uebereinstimmung mit den beschlossenen Grundsätzen näher zu bearbeiten und zu erlassen."

Digitized by Google

nicht aber der Fall, daß eine Ständeversammlung gar nicht gehört worden [1])."

Zachariä bemerkt weiter: „Der Sache nach übereinstimmend drückt sich die Sondershausen'sche Verfassungs-Urkunde von 1841, §. 88 sub 2 aus." Auch hier ist zu commentiren, daß §. 109 das Wort „Gesetze" im weiteren Sinne gebraucht. Abs. 1 desselben §. spricht nämlich von Constitutionen, welche „in der im §. 108 vorgeschriebenen Form" erlassen wurden; §. 108 aber bemerkt ausdrücklich, daß auch die Formbestimmung des §. 107, resp. des §. 31 des Gesetzes vom 2. Aug. 1852, welche den ständischen Consens und dessen Erwähnung nicht fordert, eine Form der Gesetze sei. Somit bezieht sich §. 109, resp. der in ihm gebrauchte Ausdruck „Gesetz", auf die allgemeinen landesherrlichen Constitutionen sowohl des §. 108 als des §. 107.

Rücksichtlich Preußens anerkennt Zachariä zwar, daß Art. 106 sich direkt über unsere Frage ausspricht; hält aber noch für zweifelhaft, was die Urkunde „zu der die Verbindlichkeit der Gesetze und Verordnungen bedingenden Form rechnet und was sie unter der Rechtsgiltigkeit gehörig verkündeter Verordnungen" versteht. Jedenfalls seien dabei mit zu berücksichtigen die Art. 44, 45, 62 u. 63. Die Verordnung im Sinne des Art. 106 definiren die von Zachariä selbst erwähnten Art. 44 u. 45 als Gegensatz zu dem mit ständischer Mitwirkung publicirten Gesetze. Unter Rechtsgiltigkeit ist schwerlich etwas Anderes zu begreifen, als die gesetzliche Giltigkeit oder Verbindlichkeit der Norm. Zachariä hat übrigens keine Vertheidiger seiner Interpretation gefunden; vielmehr ist diese von den Anhängern seines Hauptdogmas selbst ausdrücklich zurückgewiesen worden [2]).

---

[1]) A. a. O., 332.

[2]) Vergl. Vollert, a. a. O., S. 592. „In den Staaten, wo diese Gesetze, denen der Richter natürlich Folge zu geben hat, gelten, findet unsere

In dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen §. 389 werden sogar Richter, welche den von dem Fürsten erlassenen, vom verantwortlichen Minister contrasignirten und auf gesetzliche Weise publicirten Gesetzen und Verordnungen oder einzelnen darin enthaltenen Verfügungen die verbindende Kraft deßhalb absprechen, weil solche ihrer Ansicht nach der ständischen Zustimmung bedurft hätten, mit Dienstentlassung bedroht.

Ganz im Einklange mit dem erwähnten Artikel im Entwurfe des Hessischen Strafgesetzbuches bemerkt v. Linde, daß, wenn ein Gericht irrig ein Gesetz für eine Verordnung ansehe, dieß nicht als Subordinationsfehler, sondern als ein Irrthum aufgefaßt werden könne; aber die Weigerung eines Gerichtes, eine ihm vorgelegte Verordnung darum bei seinen Amtsverrichtungen anzuwenden, weil nach dem Ermessen des Gerichts die Vorschrift in Gesetzesform hätte erlassen werden sollen, sei mehr als Subordinationsfehler. Es ist die schonendste Maßregel, welche angewendet werden kann, wenn die Regirung, welche vermöge ihres Aufsichtsrechts für Beobachtung der Vorschriften der Gesetzgebung zu sorgen hat (Schmid, Staats-R. §. 49. Note), dem Gerichte eine belehrende Weisung zugehen läßt; und keinem Bedenken kann es unterliegen, daß die fortgesetzte Weigerung unter einen wirklich strafbaren Gesichtspunkt fallen und die hieran sich knüpfenden Maßregeln zur Folge haben kann [1]).

C. Practische Consequenzen.

Im Anschlusse an die Normen des allgemeinen und positiv deutschen Rechtes möchte deren Zusammenstellung mit ihren practischen Consequenzen als gerechtfertigt erscheinen.

Frage ihre Erledigung von selbst. Practische Bedeutung behält sie überall da, wo die Vollziehbarkeit der Gesetze weder unbedingt geboten noch verboten ist."

[1]) Archiv, a. a. O., S. 366.

Digitized by Google

Eine Controverse, welche so tief in das wirkliche Leben eingreift, wie die in Frage stehende, hat nothwendig in dem Einklange oder der Disharmonie zwischen Lehre und Praxis ein Präjudiz für die Richtigkeit der Entscheidung. „Un principe est condamné par l'absurdité même de ses conséquences: que le lecteur juge celui-ci et qu'il dise si la thèse que nous combattons n'est pas condamnée.“ Mit diesen Worten beschließt Faider den zehnten Paragraphen seiner étude sur l'application des lois inconstitutionelles [1]), nachdem er in den „objections écartées“ vorzüglich die praktische Gefährlichkeit des gegnerischen Systems ans Licht gezogen hat. v. Mohl hält diesen Theil der Faider'schen Beweisführung für den gelungensten und glaubt, daß der Jurist nach theoretischen Widerlegungsgründen nur suche aus Furcht vor den praktischen Folgerungen des aufgestellten Theorems.

Als gefährlich erscheint vor Allem die aus einem derartigen Prüfungsrechte der Gerichte mit Nothwendigkeit hervorgehende Herabsetzung der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt in der öffentlichen Meinung. Auch Duport [2]), v. Linde [3]) und die Leipziger Spruchbehörde [4]) machten auf diesen Punkt aufmerksam. Duport meint, die Gerichte bilden sich so eine Macht auf Kosten der beiden andern Staatsgewalten. „Die Bürger selbst werden dadurch in ihrer Pflicht, Gehorsam den Anordnungen des Staates zu leisten, irre gemacht“ [5]). Uebrigens gingen schon die Reichspublicisten in Beziehung auf die praktische Bedeutung der Controverse von dem erwähnten Principe aus. „Es gereicht immer

---

[1]) A. a. O., S. 482.

[2]) Duport, Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire, 114.

[3]) Im Archiv, XVI. 369.

[4]) A. a. O., S. 76.

[5]) Mittermaier, im Civil. Archiv. XVII. 312.

Digitized by Google

zur Schmälerung der Autorität des Landesherrn, wenn seine Gesetze ihn in viele Rechtshändel mit den Unterthanen verwickeln und er wohl gar schuldig erkannt wird, selbige zu ändern, welches geschehen kann, dafern Regirungssachen in Justizsachen verwandelt werden, so oft Jemand darüber klagt, daß ihm vom Gesetzgeber ein Recht entzogen, welches er vorher gehabt" [1]). Eine beständige Controlirung der Legislation durch den Richterstand ist nur geeignet, Mißtrauen gegen jene dem Volksgeiste einzuimpfen. Ist man doch seit Jahren in Deutschland vorzüglich gewöhnt, in allen Handlungen der Staatsgewalt nur schleichenden Verrath an der Freiheit der Völker zu suchen. Unzweifelhafte Folge dieses Mißtrauens ist aber die Schwächung und allmählige Untergrabung des staatsbürgerlichen Gehorsams, welcher die Vermuthung der Verfassungsmäßigkeit immer gegen sich hat. Die Gefahr solcher Anarchie ist um so dringender, als sie auch den eigentlichen durch die Landstände verabschiedeten Gesetzen droht. Denn auch das Vertrauen zu den vom Volke selbst gewählten Vertretern gilt Vielen als ein Köhlerglaube; und ein deutscher Literat konnte den Werth der gegenwärtigen Volkskammern nur darin sehen, daß das Bürgerthum, um den Haß und die Verachtung der herrschenden Partei zu befriedigen, dahin gebracht werde, „zu seiner eigenen Unterdrückung mitzuwirken und die Gesetze machen zu helfen, in denen seine politische und ökonomische Knechtung festgesetzt wird" [2]).

C. S. Zachariä [3]) leugnet zwar diese Gefährlichkeit seiner Ansicht, nach welcher man ja nur der einen verfassungsmäßigen Gewalt statt der andern gehorche. Als ob die hiemit vorausgesetzte Opposition der Staatsorgane vereinbar wäre

---

[1]) Struben, in s. rechtl. Bedenken. II. 314. 315.

[2]) Gustav Diezel. Ein Wort über Auflösung der württembergischen Abgeordnetenkammer ꝛc. Gmünd 1855. S. 14.

[3]) Archiv für civil. Praxis. XVI. 2. Heft.

Digitized by Google

mit einem gesunden Organismus des Gemeinwesens und als ob in jenen Worten nicht als bewiesen angenommen würde, was durch die Annahme erst bewiesen werden soll, daß nämlich die richterliche Gewalt in diesem Falle nach der Verfassung competent, also eine verfassungsmäßige sei. Wenn Zachariä zu Widerlegung unseres Einwurfs behauptet, daß, während parteiische Rechtspflege Revolutionen zeugte, die innere Staatsruhe durch Ausdehnung der richterlichen Gewalt noch nie gefährdet wurde: so setzt ersterer Satz wiederum in der unserer Theorie angeblich anklebenden Kabinetsjustiz gerade das als bewiesen voraus, was durch das historische Moment erst bewiesen werden soll; während der zweite als Anhängsel des so erschlichenen Beweises eine geschichtliche Unwahrheit enthält. Wir sehen ab von jenen giftigen Drachenzähnen, welche noch in neuerer und neuester Zeit die notorischen Uebergriffe vieler deutschen Gerichte [1]) in Administrativsachen dadurch in das Bewußtsein der Völker säeten, daß in den gerechten Oppositionen der übrigen Staatsorgane ein reactionäres Streben gelegen schien, aus dem Wirkungskreise unabhängiger Gerichte möglichst viele Functionen in gefügigere Hände hinüber zu spielen. Dagegen erinnert man sich unwillkührlich an den Eindruck des berühmten durch den Cassationshof verkündigten und gerade von Zachariä angeführten Erkenntnisses über die Verfassungsmäßigkeit der königl. Ordonnanz vom 6. Juni [2]). Der Erfolg ist bekannt und (vornehmlich bei der bekannten Grundabsicht der Ordonnanz, im

---

[1]) Die Rede ist hier freilich nur von wirklichen Uebergriffen, während die fragliche Competenz gerade rechtlich den Gerichten zukommen soll. Allein Zachariä behauptet ja auch eigenthümlicherweise ganz allgemein, daß die ausgedehnteste Competenzerweiterung der Gerichte nie schade.

[2]) „La ville de Paris est mise en état de siége.“ Vergl. Recueil général des lois et des arrêts, rédigé par Sirey et Devilleneuve T. XXXII. P. I. p. 402.

Digitized by Google

Kriegsgericht ein Ausnahmsforum für die Hochverräther zu schaffen) schon nach psychologischen Elementarsätzen zu leicht bemeßbar, als daß Zachariä's Behauptung Anklang finden könnte, das Ansehen der Regirung sei dadurch nicht erschüttert, vielmehr letztere nur aufmerksam gemacht worden, sich mittelst eines Gesetzes für künftige Fälle eines Aufstandes zu waffnen.

Wenn aber auch der Eindruck derartiger Strebungen sich nicht unmittelbar äußerlich offenbart, so gleichen jene nur um so mehr den spanischen Fliegen, die langsam in's Blut eindringen.

Zachariä erwähnt als letzte Auctorität, welche gegen unsern Einwand sich erhebe, die Verfassung Athens. Diese gab, um gerade dem unruhigen Elemente des attischen Geistes Schranken zu setzen, der richterlichen Gewalt eine unerhörte und beispiellose Ausdehnung. Letztere scheint jedoch mit der gleichzeitigen Blüthe Athens so lange in keiner nothwendigen und bedingenden Verbindung zu stehen, als der unerbringliche Beweis nicht geliefert ist, daß die Anfangs- und End-Punkte der so beschaffenen richterlichen und allgemein staatlichen Verhältnisse in Athen zusammenfielen. Allein auch in diesem Falle paßte das Beispiel nicht, da bei uns der Unterthan seinem Fürsten gegenübersteht, während in Attika die gesetzgebende Gewalt vom Volke ausgeübt wurde. Dazu kommt, worau auch v. Linde erinnert [1]), daß gerade das von Zachariä gerühmte Institut (wonach ein Bürger für einen Gesetzesvorschlag, der vom Volke selbst angenommen worden war, nachträglicher Verantwortung unterlag) einen absurden innern Widerspruch enthält, als Zeugen der Unlauterkeit jener Theorie, gemäß welcher jeder Bürger mitregiren soll. Ueberhaupt liegt in dieser gepriesenen möglichst ausgedehnten Competenz der Gerichte eine eigenthümliche contradictio in adjecto. Ist denn nicht mit dem Begriffe

[1]) Im Archiv für civil Praxis. XVI. S. 369.

Digitized by Google

des Richtens zugleich dessen Wirkungskreis gezogen und kann dasjenige durch äußere historische Verrückung in ein willkührlich gewähltes und dem eigenen Wesen fremdes Gebiet gewinnen oder früchtereicher werden, was in seiner innern philosophischen Natur die Eine, immanente und ewige Grenze findet? —

Die Gegner sagen allerdings, ein derartiger Kampf sei „eben ein Kampf um die Autorität des Gesetzes gegenüber der willkührlichen Autorität einer einzelnen Person" und es müsse demnach gerade „dadurch der wahre Respekt vor der Autorität des Gesetzes am sichersten in den Geist des Volkes gepflanzt werden" [1]). Allein die Einrede enthält eine grobe petitio principii, indem der Souverän sein Recht ja gerade auf jene „Autorität des Verfassungsgesetzes" stützt. Die Frage ist nur die nach dem Einklang der subjectiven Rechtsanschauung mit objectiver Verfassungsmäßigkeit. Wenn die Unvereinbarkeit einer richterlichen Cognition über die Existenz jenes Einklangs gegenüber dem Ansehen der höchsten Staatsgewalt behauptet wird, so läßt sich das Gegentheil nicht dadurch begründen, daß der Mangel jenes Einklangs vorausgesetzt wird. Dazu kommt, daß nach deutschem Staatsrechte nicht erlaubt ist, die gesetzgebende Gewalt des Regenten als eine „willkührliche Autorität" der Autorität des Gesetzes gegenüber zu stellen. Endlich scheint in dieser speciellen Frage in letzter Instanz eigentlich nicht die Bezugnahme auf den Rechtspunkt zu entscheiden, sondern gerade die Thatsache, daß überhaupt die Existenz, die Bedeutung und das Ansehen eines Gesetzes zum Gegenstande eines Rechtsstreites gemacht wird. Das Gesetz erhält dadurch den Schein des Willkührlichen. Eine sehr gesunde Ansicht wird hierüber in einem Artikel der Augsburger allgem. Zeitung von 1850 ausgesprochen [2]). „Darin liegt das Demoralisirende der

[1]) Vergl. Augsburger Allgem. Zeitung 1850. Nr. 286. S. 4562.

[2]) Nr. 286. S. 4561. Vergl. die Geständnisse von Gräfe, a. a. O., S. 81.

Digitized by Google

kurhessischen Händel. Es sind die zwei höchsten Autoritäten der Gesetzesgewalt, welche in Kurhessen im Prozesse mit einander liegen, im „Rechtsspiele", wie es das Volk auffaßt. Mag gewinnen, wer will, die volle ganze Autorität des Gesetzes im Volksbewußtsein wird jedenfalls verlieren. Das Volk urtheilt nicht so subtil, daß es die abstrakte Würde des Gesetzes unterschiede von dem persönlichen Vertreter desselben; wo der Fürst das Spiel verliert, da hat das Fürstenthum das Spiel mit verloren. Und wenn in Kurhessen auch der Theil des Volks gewönne, welcher die überwiegende Masse des Volks auf seiner Seite hat, so würde, für diese Mehrheit selber, die Autorität des Gesetzes dadurch nicht gefestigt; sie würde dem Volke geschwächt sein, eben weil sie nur durch das Rechtsspiel zum Siege hat kommen können" [1]).

Als eine zweite nicht minder gefährliche Consequenz des gegnerischen Systems erscheint die davon unzertrennliche Rechtsverwirrung.

Mittermaier bemerkt [2]): „Wollte man dies Prüfungsrecht den Gerichten einräumen, so würde eine Rechtsverwirrung im Staate leicht zu besorgen sein; denn es könnte dann geschehen, daß ein Obergericht des Landes die Verordnung als giltig erkennt, während das Obergericht der andern Provinz den Gehorsam ihr verweigert." Auch der Correferent des großherzoglich hessischen Hofgerichts der Provinz Oberhessen gibt zu: „Aus den von mir aufgestellten Grundsätzen lassen sich allerdings einige Folgen ziehen, welche dem Anscheine nach als einer vernünftigen Gesetzgebungspolitik widerstreitend dargestellt werden können. Allein diese gehen uns Nichts an; wir haben als Richter nach den Gesetzen und nur nach diesen zu urtheilen und

[1]) Vergl. übrigens Bluntschli, a. a. O., I. S. 491. Pfaff, a. a. O., S. 177. Würdigung der Denkschr., a. a. O., S. 55. und dagegen Martin, a. a. O., S. 22. Note 7.

[2]) A. a. O., XVII. S. 312.

Digitized by Google

müssen es der gesetzgebenden Gewalt überlassen, das Vernünftigste anzuordnen [1])". Auch Bluntschli erinnert an „die Störung und den Zwiespalt, welche auf solche Weise in den einheitlichen Gang des Staatslebens gebracht wird" [2]). Stahl sagt mit Recht [3]): Der Erfolg, wenn der Richter zu entscheiden hat, ob er eine Verordnung anwenden oder als ungiltig nicht berücksichtigen wolle, ist denn auch eine grenzenlose Verwirrung, da hier die Grenze so zweifelhaft ist, und ein beträchtlicher Theil der in die Rechtspflege einschlägigen Verordnungen an dieser Grenze liegt; um so mehr, als der Richter, wie von Allen zugegeben wird, nur für den concreten Fall die Verordnung nicht anwendet, ohne sie überhaupt außer Kraft zu setzen. Es gäbe z. B. der Fürst eine Verordnung, welche für Eheprozesse die bisherige Competenz der Untergerichte aufhebt und sie an die Obergerichte überträgt, was nach deutschen Verfassungen häufig zweifelhaft sein wird, ob es ständischer Zustimmung bedurft habe oder nicht. Darf der Richter nach seinem Ermessen derselben die Anerkennung versagen, so kann die Folge leicht die sein, daß die Klage nicht vom Untergericht angenommen wird, weil es die Verordnung für verfassungsmäßig, und nicht vom Obergerichte, weil es sie für verfassungswidrig hält. Oder eine Verordnung reducirte das bisherige Erforderniß von fünf Mitgliedern in einem Senate auf drei oder schaffte die bisherige schwerfällige Art der Relationen ab, da könnten sich Nichtigkeitsprozesse erheben, deren Ausgang keine Partei voraussehen würde. Auch die Handhabung der Strafgesetzgebung würde schwankend und unsicher. Der Fürst trete z. B. einseitig einen Gebietstheil an einen andern Souverän ab. Aus den Inwohnern des abgetretenen Territoriums wird Einer durch

---

[1]) Vergl. Nöllner, a. a. O., S. 529—530.

[2]) Allgem. Staatsrecht. I. S. 493.

[3]) A. a. O., S. 673.

Digitized by Google

seine frühern Landsleute zum Geschwornen gewählt, weil diese den landesherrl. Erlaß für verfassungswidrig u. ungiltig halten. Der Geschworne stimmt in 7 Fällen. Der im 8. Proceß Verurtheilte wendet sich an den Cassationshof, indem er die Nichtberechtigung des fremden Geschwornen behauptet. Der Hof cassirt das Urtheil. Inzwischen ändert sich die Zusammensetzung des Hofes durch den Eintritt eines neuen Mitgliedes. Die 7 früher Verurtheilten tragen gleichfalls auf Cassation an, werden aber abgewiesen, weil der Hof in seinem jetzigen Bestande durch Stimmenmehrheit sich für die Verfassungswidrigkeit jener die Gebietsabtretung enthaltenden landesherrl. Norm entscheidet.

Faider[1]) citirt einen ganz ähnlichen Fall mit analogen Consequenzen. „A-t-on mesuré la profondeur du désordre qu'un pareil refus jettera dans les familles, dans la propriété, dans l'État? Est-il un seul logicien qui ose accepter de telles conséquences d'une théorie bâtie sur le raisonnement?“ — Die Erfahrung selbst hat diese Besorgniß bereits gerechtfertigt. Wir erinnern an den Assisenhof zu Mainz, welcher auf eine wahrhaft skandalöse Weise in drei Urtheilen dreimal sich in Beantwortung unserer Frage widersprach.

Derselbe erkannte am 20. Febr. 1832 unter dem Präsidium des Obergerichtsraths Hallwachs, daß er nicht competent sei, darüber zu urtheilen, ob diejenige Composition des Assisenhofs legal sei, welche durch eine — gemäß der Verordnung vom 12. Nov. 1831 erlassene — Obergerichtspräsidialordonnanz erfolgte. Während dieses Erkenntniß von Seite des Cassationsgerichts nicht beanstandet wurde, vernichtete letzteres ein zweites in der Sitzung vom 21. Mai unter dem Präsidium des Obergerichtsrathes Stephani erlassenes Urtheil. In diesem hatte nämlich der Assisenhof sich für competent erklärt, über die Verfassungsmäßigkeit der Verordnung vom 12. Nov.

[1]) Vergl. z. B. Nouvelle Etude. §. 24.

Digitized by Google

1831 zu urtheilen, und die Legalität seiner Zusammensetzung nicht anerkannt.

Dasselbe Schicksal hatte der erste Theil des Erkenntnisses vom 16. Aug. 1832, worin der Mainzerhof unter dem Präsidium des Obergerichtsraths Hallwachs erklärte, daß er competent sei, über die Verfassungsmäßigkeit der Verordnung vom 12. Nov. 1831 zu urtheilen, welche er übrigens nicht ableugnete.

In der Sitzung vom 28. Jan. bis 14. Febr. 1833 wurde die Legalität der Zusammensetzung des Hofes in keiner Weise beanstandet.

Das erstemal erklärte sich also der Hof überhaupt für incompetent zu der fraglichen Prüfung; das zweitemal und drittemal vindicirte er sich auf gleiche Weise die fragl. Competenz, gelangte dadurch aber zu entgegengesetzten Resultaten.

Einige Schriftsteller haben — allerdings zunächst sich beschränkend auf Aenderungen der Gerichtsverfassung durch landesherrliche Verordnungen — gerade unserer Theorie die als ihre Consequenz sich ergebende Rechtsunsicherheit vorgeworfen [1]). Denn gerade weil Rechtssicherheit der Hauptzweck des Staates sei und für Erreichung dieses Zweckes Gerichte existiren, also die Bestimmung über Gerichtsverfassung zu den wichtigsten Staatsinstitutionen gehöre: dürfe diese nur durch Gesetze regulirt werden, welche der ständischen Zustimmung nicht entbehren. Wir werden diese durchaus seichte Einrede unten im 4 Kapitel widerlegen, wo sie durch Feuerbach verkehrter Weise für die richterliche Unabhängigkeit geltend gemacht wird [2]).

[1]) Vergl. Jaup, Protocolle zu den Verhandlungen der II. Kammer (im Großherzogth. Hessen) I. 614. u. Feuerbach, l. c. S. 11—14.

[2]) Vgl. zwar Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik. S. 86 ff. Die von Mohl'schen Vorschläge würden allerdings die Gefahr einer Anarchie ferner rücken: sie stellen aber den Richter über den Gesetzgeber.

(Forts. folgt.)

Digitized by Google

Digitized by Google

HW 2AUZ V

Digitized by Google

Digitized by Google